Das Verhältnis von Dienstvertrag und Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

bei der

hohen juristischen Fakultät der Universität Rostock

eingereicht von

Adolf Schmarse,
Referendar.

Jena 1909.
Universitätsbuchdruckerei von G. Neuenhahn.

Dezernent: Prof. Matthiaß.

Herrn Professor **Matthiass**

in Dankbarkeit zugeeignet.

Inhalt.

Litteratur.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts; 1902.

— Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht 1897.

Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 2. Aufl. 1906.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens, 2. und 3. Auflage 1906.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des BGB. erläutert 1905.

Eccius, bei Gruchot, Bd. 43 1899, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach BGB.

Eck, Vorträge über das Recht des BGB. 1903.

Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag nach dem BGB. 1899.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1903.

— Die rechtliche Behandlung der Arbeit; in den Jahrbüchern für Nationalökonomie und Statistik. Gegr. v. Bruno Hildebrandt. Bd. 12, 1896.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofes, zit. ERG.

Fischer-Henle, Handausgabe des BGB. 1906.

Goldmann-Lilienthal, Das BGB., systematisch dargestellt 1901.

Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag, 1898.

Handwörterbuch für Staatswissenschaften, herausgegeben v. Conrad, Elster, Lexis, Loening, 2. Aufl. 1900.

Haymann, Schenkung unter einer Auflage, 1905.

Kisch, Die Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit bei Erfüllungen bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB., 1900.

Krahmer, Gegenseitige Verträge, 1904.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten bis zum BGB., 1900.

Levy, Der Nachbesserungsanspruch des Käufers bei Mängeln der Speziessache als Erfüllungsanspruch, Leipzig, Diss. 1906.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag, Bd. I 1902, Bd. II 1908.

Löwenfeldt, In: Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung des Entwurfs eines BGB., 1890: Ueber den Dienst-, Werk- und Auftragsvertrag nach dem Entwurfe des BGB.

Lübbe, Die Ansprüche des Käufers einer der Gattung nach bestimmten Sache wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft, Leipzig, Diss. 1902.

Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. 1900.

Motive zu dem Entwurf eines BGB. für das deutsche Reich, Bd. II, 1888 (zit. Mot.)

Neumann, Handausgabe des BGB. für das deutsche Reich, 1905.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 1906.

Planck, Kommentar zum BGB., 3. Aufl. 1907.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines BGB., 1908 (zit. Prot.).
Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen, 1903.
Riezler, Der Werkvertrag, 1900.
— im Archiv für bürgerl. Recht, Bd. XXVII: Arbeitskraft und Arbeitsfreiheit in ihrer privatrechtlichen Bedeutung, 1906.
Rosin, Das Recht der Arbeiterversicherung, Bd. II 1905.
Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, 1905.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, 1906.
Schöller, bei Gruchot, Bd. 46: Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB.
Schröder, Zur Gewährleistung für Sachmängel beim Kaufe nach dem BGB., 1903.
Staudinger-Kober, Kommentar zum BGB., Bd. II, 3. u. 4. Aufl. 1908.
Titze, Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerl. Recht, 1900.

I. Einleitung.

Die Vertragsverhältnisse, die man im römischen und gemeinen Rechte als locatio conductio operarum und locatio conductio operis bezeichnete, finden wir in unserem bürgerlichen Gesetzbuch unter dem Titel „Dienstvertrag“ bezw. “Werkvertrag“ geregelt. Daß man bei der Erschaffung des Gesetzbuches für diese Verträge nicht die jenen Bezeichnungen entsprechenden Ausdrücke „Dienstmiete“ bezw. „Werkmiete“ wählte, hat seinen berechtigten Grund in unserer modernen sozialpolitischen Anschauung, der es widerspräche, wenn die Person des Verpflichteten wie eine gemietete Sache Vertragsgegenstand wäre. Daß aber damit die begriffliche Natur der beiden Verträge und ihr Verhältnis zu einander in einwandfreier Weise gekennzeichnet sei, wird nicht behauptet werden können.

Gerade für das innere Verhältnis von Dienstvertrag und Werkvertrag, nach dem bürgerlichen Gesetzbuch ist ihre frühere Benennung als locatio conductio operarum und lucatio conductio operis noch heute insofern bezeichnend, als ihre Unterordnung unter dieselbe locatio conductio ein enges verwandtschaftliches Verhältnis nicht verkennen läßt, während auf der anderen Seite der Gegensatz von operarum und operis auf zwar verwandte, aber doch im einzelnen charakteristisch individualisierte Vertragstypen hindeutet.

II. Verwandtschaftliche Beziehungen.

Hinsichtlich des ersten Punktes — der Verwandtschaft — muß sich die folgende Behandlung auf die Punkte beschränken, die bestritten, oder doch nicht allgemein anerkannt sind. Deshalb können die obligatorische Vertragsnatur, die Gegenseitigkeit, die Entgeltlichkeit, die im Zweifel anzunehmen ist, als bekannte Tatsachen zugrunde gelegt werden. Auch darüber herrscht kein Zweifel, daß

bei beiden Verträgen gleichermaßen eine Verpflichtung zu einem Tun begründet wird.

Dagegen kann zweifelhaft sein, ob dieses Tun in jedem Falle eine Arbeit ist, ob m. a. W. beide Verträge mit Geld belohnte Arbeit zum Gegenstande haben.

Daß dies beim Dienstvertrag jedenfalls zutrifft, steht wohl außer Zweifel. Ich wüßte nicht, was anders unter den „Diensten" des § 611 des BGB. zu verstehen wäre, als körperliche oder geistige Arbeit, zumal, wo der Begriff der geistigen Arbeit so unendlich relativ ist. Daß man nicht etwa psychologische Empfindungen zum Gegenstand eines Dienstvertrages machen kann, beruht auf anerkannten, allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechts.

Die im § 113 Abs. 1 des BGB. vorkommende Wendung: „Arbeits- oder Dienstverhältnis" läßt sich der hier vertretenen Meinung nicht entgegenhalten. Treffend hat dies Lotmar bewiesen. Er macht zum Beweise, daß das Gesetz unter „Diensten" und „Dienstleistungen", die den Gegenstand eines Dienstvertrages bilden, nichts anderes als Arbeitsleistungen verstanden wissen will, u. a. folgendes geltend [1]):

1. Es wird im § 618 Abs. 2 von „Arbeits- und Erholungszeit" gesprochen, und als Arbeitszeit die Zeit gedacht, in welcher der zur Dienstleistung Verpflichtete Dienste zu leisten hat. Demnach müssen diese für Arbeit gelten.

2. In einer Reihe von Stellen des BGB., nämlich in den §§ 1963 Abs. 1, 1367, 1427 Abs. 2, 1578 Abs. 1, 1585 Abs. 1, 1602 Abs. 2 und 1651 Abs. 1 kommt der Ausdruck „Arbeit" in Zusammenhängen vor, gegenüber welchen die Annahme unvernünftig wäre, es solle der Dienstvertrag ausgeschlossen sein, sodaß die Annahme geboten ist, die dort genannte Arbeit schließe die aus Dienstverträgen zu leistenden Dienste ein, womit der Dienstvertrag als Arbeitsvertrag anerkannt wird.

Es sind m. E. die hier genannten Argumente in der Tat in solchem Maße für die aufgestellte Behauptung beweiskräftig, daß von weiteren Belegen ohne Bedenken Abstand genommen werden kann.

Zweifelhafter erscheint schon die Frage, ob auch der Werkvertrag des BGB. lediglich eine Verpflichtung zur Arbeit zum Gegenstande hat. Die gegenteilige Meinung wird scheinbar durch die Fassung des § 631 BGB. unterstützt, wonach ein Werkvertrag gegeben ist, wenn die eine Partei die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt verspricht.

Es ist nur nicht einzusehen, wie die Vertreter dieser Meinung den Werkvertrag vom Kaufe in den Fällen abgrenzen wollen, wo

---

1) Lotmar, Arbeitsvertrag, Bd. II, S. 266.

der zu kaufende oder bereits gekaufte Gegenstand erst herzustellen ist, wo also gleichfalls die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt versprochen wird. Daß bei dem Kaufe noch das Erfordernis der Uebergabe und Eigentumsübertragung hinzukommt, ist selbstverständlich und kann einen inneren Unterschied nicht begründen; abgesehen davon, daß § 651 auch für den Werkvertrag bei Annahme desselben Sachverhaltes dasselbe vorschreibt. Schon daraus ist ersichtlich, daß es sich im § 631 nicht um die Herstellung eines Werkes, sondern vielmehr um die Herstellung des Werkes handeln kann.

Herstellung aber ist Arbeit, und zwar eine qualifizierte Arbeit. Wer eine Sache herstellt, der arbeitet in einer bestimmten Art und Weise in einer bestimmten Richtung und zwar bis zu einem gewissen Punkte, nämlich bis zum Erfolg.

Der Absatz 2 des § 631, wonach Gegenstand des Werkvertrages nicht nur die Herstellung oder Veränderung einer Sache, sondern ebenso sehr ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein kann, steht dem Gesagten nicht entgegen. Es wurde bereits ausgeführt, daß auch unter Dienstleistung nur Arbeit verstanden werden kann. Mannigfache Gründe, die das Gesagte bestätigen, werden von Lotmar a. a. O.[1]) zusammengestellt. Deren gewichtigste sind folgende:

1. Die §§ 645 und 648 sprechen von „einem der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung". Davon kann nur unter der Voraussetzung die Rede sein, daß die ganze Vergütung der ganzen zu leistenden Arbeit entspricht, d. h. daß beim Werkvertrag Arbeit und Vergütung einander als Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen.

2. Es ist im § 642 die Rede davon, was der Unternehmer durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann. Damit wird deutlich ausgedrückt, daß der Unternehmer durch Vollzug des Werkvertrages ebenfalls eine Verwendung seiner Arbeitskraft vornimmt, d. h. mit anderen Worten, daß beim Werkvertrage Gegenstand der Leistung Arbeit ist. Nach diesem kann als feststehend erachtet werden, daß Dienstvertrag und Werkvertrag gegenseitige obligatorische Verträge sind, in welchen Arbeit gegen Entgelt versprochen wird.

1) S. 269 a. a. O.

III. Die Abgrenzung beider Verträge von einander und ihre Begriffsbestimmung in concreto.

Diese homogene Natur der beiden Verträge ist es, die ihre Abgrenzung unter einander in vielen Fällen so schwierig macht. Freilich ist eine äußerliche Unterscheidung nach dem Gesetzestexte nicht so schwer. Das BGB. bezeichnet im § 611 den Dienstvertrag als einen Vertrag, bei welchem jemand Dienste gegen Entgelt zusagt. Werkvertrag liegt dagegen nach § 631 vor, wenn die eine Partei die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt verspricht. Dort also wird die Arbeit als solche, hier der Erfolg der Arbeit, das Arbeitsresultat gelohnt.

Und doch läßt uns diese scheinbar so einwandfreie und klare Definition so oft im Stich! Täglich bietet das Leben neue Fälle, bei welchen es zweifelhaft ist, ob die Arbeit oder das Arbeitsresultat Gegenstand der vertraglichen Verpflichtung ist. Wenn jemand, der sich in ärztliche Behandlung gibt, von seinem Arzte gefragt würde: Soll unser Vertragsverhältnis nach Dienstvertrags- oder nach Werkvertragsrecht beurteilt werden, er würde schwerlich gleich die richtige Antwort geben können.

Es gilt, ein Symptom zu finden, welches den theoretischen Unterschied zwischen den beiden Vertragsarten für den Einzelfall deutlich erkennen läßt, und welches zugleich eine praktisch brauchbare, unterschiedliche Begriffsbestimmung ermöglicht. Dabei ist folgendes zu beachten:

Wenn man einen Vertrag als Dienstvertrag oder als Werkvertrag bezeichnet, so kann dies zweierlei bedeuten. Es kann heißen, der Vertrag wird von der Begriffsbestimmung des § 611 bezw. des § 631 betroffen; es kann auch damit gesagt sein, daß auf dem Vertrag die §§ 612 bis 630 bezw. die §§ 631—651 Anwendung finden.

1. Allgemeines.

Es liegt auf der Hand, daß diese Unterscheidung nur dann von Bedeutung sein kann, wenn feststeht, daß die Regeln, die das BGB. unter dem Titel „Dienstvertrag" zusammenstellt, nicht ausschließlich auf den Tatbestand des § 611, und umgekehrt die Regeln, die unter dem Titel „Werkvertrag" zusammengefaßt sind, nicht lediglich auf den Tatbestand des § 631 Anwendung finden.

Diese Annahme wird u. a. von Rümelin mit Entschiedenheit vertreten[1]). Die Hausfrau, die eine Näherin bei sich in der Wohnung arbeiten läßt, sei, einerlei ob Dienstvertrag oder Werk-

1) Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 3 ff.

vertrag angenommen werde, nach § 618 zum Heizen des Arbeitszimmers verpflichtet.

Richtig ist, daß die Hausfrau in jedem Falle heizen muß. Für den Dienstvertrag schreibt dies § 618 vor, für den Werkvertrag aber folgt dies aus § 242, wonach sie ihre Leistung so zu bewirken hat, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Man wird nicht einwenden, daß die Vergütung beim Werkvertrage begrifflich und ausschließlich in Geld bestehen müsse. Daß dies nicht der Fall ist, folgt per argumentum e contrario aus § 641 Abs. 2. Dort heißt es: Eine in Geld festgesetzte Vergütung hat der Besteller von der Abnahme des Werkes an zu verzinsen, sofern nicht die Vergütung gestundet ist [1]).

Gegen die Theorie von Rümelin sprechen noch eine Anzahl weiterer Gründe.

Eine genaue Betrachtung des Gesetzes zeigt unzweideutig, daß der Gesetzgeber den entschiedenen Willen gehabt hat, die Rechtsfolgen der beiden Verträge streng zu sondern. Wie wäre es sonst zu erklären, daß völlig übereinstimmende Rechtsfolgen bei beiden Verträgen gesondert angegeben sind? So lautet z. B. § 612: „Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.“ Diese Vorschriften finden sich wörtlich wiederholt im § 632 mit Bezug auf den Werkvertrag. Wenn ferner zwei in ihren Rechtswirkungen wesentlich verschiedene Verträge je unter einen besonderen Titel koordiniert geregelt sind, so muß man m. E. per argumentum e contrario folgern, daß diejenigen Rechtsfolgen, die dem einen der beiden Verträge gegeben, dem andern aber nicht gegeben sind, diesem letzteren ausdrücklich entzogen sein sollen [2]).

Danach kann die Bezeichnung eines Vertrages als Dienstvertrag bezw. als Werkvertrag nicht ausschließlich die eine oder die andere der genannten Auslegungen erfahren. Es kommt vielmehr auf dasselbe hinaus, ob man den Tatbestand oder die Rechtsfolgen im Auge hat, da ja die Rechtsfolgen lediglich auf diesen einen Tatbestand zugeschnitten sind. Deshalb läßt sich auch kein Tatbestand denken, der teils Dienst-, teils Werkvertrag wäre und auf welchen dementsprechend teils Dienstvertrags-, teils Werkvertragsrecht angewendet werden müßte.

Immerhin aber bleibt die Unterscheidung von Tatbestand und

---

1) So auch Oertmann, zu § 611 Anm. 2a: Dienstvertrag gegen freie Station; ebenso Matthias, a. a. O. § 123 S. 591.

2) So auch Planck, Kom. II S. 555; vergl. auch Staudinger-Kober, Vorbem. zu § 611 I.

Rechtsfolgen nicht ohne Bedeutung. Es sind nämlich zwei Methoden juristischer Begriffsbedeutung denkbar; eine „induktive“ und eine „deduktive“. Die erstere geht von der Untersuchung und Unterscheidung der Tatbestände aus und sucht auf diesem Wege die Begriffe zu abstrahieren. Die zweite macht die Rechtsfolgen zum Gegenstand der Untersuchung und gibt den Tatbeständen die Abgrenzung, in der sie zu den angeknüpften Rechtsfolgen am besten passen, sodaß Dienstvertrag derjenige Vertrag wäre, der sich den Rechtssätzen des BGB. über Dienstvertrag am passendsten unterstellen läßt. Werkvertrag wäre dann der Vertrag, der geeigneterweise nach den Regeln zu behandeln ist, die das BGB. über dem Werkvertrag aufstellt.

Gegen diese letztere Methode freilich sprechen gewichtige Bedenken. Es ist nicht zu leugnen, daß sie in gewisser Beziehung unlogisch ist, indem sie bereits mit der gesuchten Antwort die Beantwortung gibt. Denn die Voraussetzung, daß diese oder jene Rechtsfolge eintritt, ist ja bereits die Antwort. Riezler, welcher diese Methode einschlägt, sagt selbst (Werkv. S. 44): „Ich verkenne nicht, daß in dieser Art Argumentation eine Art petitio principii steckt. Die juristische Logik muß natürlich sagen: Wenn ein Werkvertrag vorliegt, so tritt als Folge die Gefahrtragung gem. § 644 usw. ein, nicht umgekehrt.

Das ist zweifellos richtig. Trotzdem aber wird man nicht leugnen können, daß bei der theoretischen Feststellung eines Begriffes gewisse Momente eine größere, andere eine geringere Bedeutung für die praktische, d. h. die konkrete Frage haben, ob ein bestimmter konkreter Vertrag Dienstvertrag oder Werkvertrag ist. Und um solche, man könnte sagen „konkrete Begriffsbestimmung“ handelt es sich hier in erster Linie.

Aus demselben Grunde ist es nicht falsch, wenn man in dritter Linie die auf eine unterscheidende Rechtsfolge gerichtete Parteiabsicht entscheiden läßt. Daß es nicht ohne Gefahr ist, „dem Parteiwillen die Verantwortung für die Rechtswirkungen zuzuschieben [1])“ soll nicht geleugnet werden. Daß sich aber solche Rechtswirkungen, wie Haymann meint, in der Erfahrung des Lebens niemals oder nur ganz vereinzelt als Inhalt dieser Parteiabsicht entdecken lassen, vermag nicht zugegeben zu werden. Es sei übrigens betont, daß solcher Parteiwille nur subsidiar in Betracht gezogen werden soll.

Die zu beobachtende Methode der Untersuchung wäre demnach folgende:

1. Analysierung des Tatbestandes. Führt dieser Weg zu keinem Erfolg, so wären

2. auch die Rechtsfolgen in Betracht zu ziehen, und zwar kann es nur eine ausschließliche unterscheidende Rechtswirkung sein, auf

---

1) Haymann, Schenkung unter einer Auflage, S. 21.

welche sich die Abgrenzung von Dienstvertrag und Werkvertrag basieren ließe.

Erst in dritter Linie könnte dann der auf diese ausschließliche unterscheidende Rechtsfolge gerichtete ausdrückliche oder mutmaßliche Parteiwille entscheidend sein.

Dabei ist nun folgende Deduktion möglich. Angenommen, es ist kein entscheindendes Tatbestandsmoment gegeben, und es deutet auch kein mutmaßlicher Parteiwille auf die entscheidende Rechtswirkung hin; dagegen sind mehrere andere Rechtsfolgen ausdrücklich vereinbart. Dann folgt aus dieser Vereinbarung, daß auch die entscheidende Rechtswirkung als stillschweigend gewollt zu betrachten, und daß damit auch der Tatbestand gegeben ist.

Diese Art der Begriffsbestimmung hat, wie sofort ersichtlich, zur Voraussetzung, daß die verschiedenen Rechtswirkungen jedes einzelnen Vertrages unter sich ein zusammenhängendes Ganzes bilden. Daß dies der Fall ist, folgt schon aus dem oben Gesagten, daß nämlich die §§ 612—630 nur auf den im § 611 genannten Tatbestand, und ebenso die §§ 632—651 allein auf den Tatbestand des § 631 Anwendung zu finden haben.

Es wird aber auf diese letzte Frage noch näher eingegangen werden.

2. Abgrenzungsversuche nach dem Tatbestande.

Bei der Differenzierung nach dem Tatbestande wird sich die Betrachtung naturgemäß auf die wesentlichsten Tatbestandsmomente zu beschränken haben.

Für den Dienstvertrag ist dies die Arbeit als solche; für den Werkvertrag das Arbeitsresultat, der Erfolg. — Daß eine Scheidung nach Tätigkeit und Erfolg in sehr vielen Fällen keine Schwierigkeiten macht, braucht nicht erwähnt zu werden. Es ist leicht zu erkennen, daß die Schwierigkeit erst da einsetzt, wo Tätigkeit und Erfolg zusammenfallen, und hier ist Rümelin unbedingt zuzustimmen, wenn er sagt, daß in solchen Fällen sprachliche oder anderweite Erwägungen niemals entscheidend sein können[1]), weil eine Hervorhebung der Tätigkeit in dem einen, des Erfolgs in dem anderen Falle stets eine Zufälligkeit bedeutet und auf einen möglichen Parteiwillen keinen Rückschluß zuläßt. Wenn ich zu einem Droschkenkutscher sage: „Fahren Sie mich zum Bahnhof“, so betone ich fraglos die Tätigkeit, während ich den Erfolg bezeichne, wenn ich etwa sage: „Ich möchte von Ihnen zum Bahnhof gefahren sein“. Trotzdem ist in beiden Fällen der Parteiwille derselbe. Ebenso wird in dem Droschkenkutscher in beiden Fällen dieselbe Vorstellung erweckt werden, nämlich die, daß er mich fahren soll und dafür sein Geld erhalten wird.

a) Tätigkeit und Erfolg.

1) Rümelin, a. a. O. S. 10.

Cosack[1]) meint, der Werkvertrag gelte im Gegensatz zum Dienstvertrag auch für solche Arbeiten, die nicht nur im Interesse des Bestellers, sondern auch des Unternehmers liegen.

b) Die Arbeit.

Daß hier nicht das Vermögensinteresse gemeint ist, scheint außer Zweifel, da solches bei allen entgeltlichen zweiseitigen Verträgen auf beiden Seiten mehr oder weniger vorhanden ist. Aber Cosacks Meinung bleibt auch dann noch unrichtig, wenn man nur das wirtschaftliche Interesse ins Auge faßt. Denn ein Ueberblick über die häufigsten Dienstverträge zeigt unverkennbar, daß auch der Dienstverpflichtete nicht ohne wirtschaftliches Interesse an dem Vollzuge des Vertrages ist[2]).

Eine Grenze wird sich daher schwer aufstellen lassen[3]).

Es ist überhaupt verfehlt, die Unterscheidung nach der Art der Arbeit vorzunehmen. Wenn auch im § 622 sowie im § 627 von „Diensten höherer Art" die Rede ist, so ist doch diese Klassifizierung von durchaus untergeordneter Bedeutung, da sie lediglich mit Bezug auf die Kündigung des Vertragsverhältnisses geschaffen ist, und deshalb für die Unterscheidung von Dienstvertrag und Werkvertrag nicht von Belang ist. Was im übrigen die besonderen Arbeiten der Lehrer, Erzieher, Privatbeamten und Gesellschafterinnen anlangt, so wird kein Zweifel obwalten, daß solche Arbeiten ebenso Gegenstand eines Werkvertrages sein, wie umgekehrt die im Werkvertragstitel genannten besonderen Arbeiten (Herstellung eines Bauwerkes, Arbeiten an einem Grundstück) auch im Dienstvertrag bedungen werden können. Ueberdies sagt § 611 Abs. 2 ausdrücklich, daß Dienste jeder Art Gegenstand des Dienstvertrages sein können. „Dienste jeder Art" kann aber nach dem oben Ausgeführten nichts anderes bedeuten als Arbeit von jeder Art.

Ebenso indifferent verhält sich das Gesetzbuch beim Werkvertrag gegen die Art der Arbeit, indem es im § 631 Abs. 2 bestimmt: Gegenstand des Werkvertrages kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache, als ein anderer d. h. (jeder andere durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein[4]).

Eine eigentümliche Arbeitsart kennt noch das Gesetzbuch in der Geschäftsbesorgung des § 675. Dort aber wird ausdrücklich gesagt, daß die Geschäftsbesorgung Gegenstand sowohl des Dienst-

---

1) Lehrbuch, § 143 I 2.

2) Dies trifft z. B. in beträchtlichem Maße in allen den Fällen zu, wo jemand arbeitet, um sich in der Arbeit beruflich weiter zu bilden.

3) Ueberdies wäre zu überlegen, ob nicht das Interesse in den meisten Fällen nur der Beweggrund zum Abschlusse des Vertrages ist. Vergl. Planck, Anm. 3a zu § 611 und Lotmar I S. 268.

4) Deshalb ist es auch gleichgültig, ob die Arbeit zu den operae liberales oder illiberales gehört. Dies folgt aus der Fassung des § 631. Vergl. übrigens Mot. II S. 472.

wie auch des Werkvertrags sein kann. Deshalb kann ein Vertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, nicht auf Grund dieser Arbeitsart dem Dienstvertrag oder dem Werkvertrag zugeteilt werden.

Am besten ergibt sich die Unmöglichkeit einer Differenzierung nach der Art der Arbeit aus der Erwägung, daß dieselbe Arbeit Gegenstand sowohl eines Dienst-, wie auch eines Werkvertrages sein kann, und dies zur selben Zeit! Solches ist z. B. der Fall, wenn sich jemand von einem Friseurgehilfen das Haar schneiden läßt, mit dessen Prinzipal er sich durch Vertrag das Haarschneiden ausbedungen hat. Die Tätigkeit des Gehilfen ist hier seinem Prinzipal gegenüber Vollzug eines Dienstvertrages, dem Kunden gegenüber jedoch Vollzug des mit diesem geschlossenen Werkvertrages [1]).

c) Zeitlohnvertrag und Akkord.

Lotmar [2]) will, ebenfalls von dem Tatbestand ausgehend, die Entscheidung treffen mit Hülfe des Entgeltverhältnisses, d. i. das Verhältnis, in welchem die beiden vertraglichen Leistungen zu einander stehen. Und zwar stellt er zwei Grundformen für sämtliche Arbeitsverträge auf: den Zeitlohnvertrag und den Akkord. Zeitlohnvertrag liegt vor, wenn die Vergütung im Vertrage bestimmt ist, „zur Gegenleistung für die Arbeit, unter Abzug des ihr begrifflich und real anhaftenden Erfolgs“. Ein Akkordvertrag dagegen ist nach Lotmar gegeben, wenn die Vergütung im Vertrag bestimmt ist „zur Gegenleistung für die Arbeit samt dem mit ihr verbundenen, sie begleitenden oder abschließenden Erfolg, sodaß dieser einen Bestandteil des vertragsmäßigen Entgeltverhältnisses bildet“.

Diese Einteilung, behauptet Lotmar, sei erschöpfend; es lasse sich kein Vertragsgebilde denken, welches nicht unter die eine oder die andere dieser Grundformen subsumiert werden könne. Da nun der Zeitlohnvertrag dem Dienstvertragsrecht des BGB. unterstehe, so sei die Entscheidung, ob Dienstvertrag gegeben sei, danach zu beurteilen, ob die fragliche Vertragsart in der Form des Zeitlohnvertrages vorkomme, oder nicht. Bezüglich des Akkordes, welcher sowohl dem Dienstvertrags- als auch dem Werkvertragsrechte unterliegen könne, sei entscheidend, ob der Arbeitgeber den Vertrag in seinem Geschäftsbetriebe abgeschlossen habe oder nicht; indem im ersteren Fall das Dienstvertragsrecht, in allen anderen Fällen aber das Werkvertragsrecht anzuwenden sei, soweit nicht besondere spezialrechtliche Vorschriften Platz greifen.

So bestechend diese Lösung auf den ersten Blick auch scheint,

---

1) Es ist auch nichts Absonderliches, daß Dienste derselben Art bald in der Form des einen, bald des anderen Vertrags versprochen werden.

2) Lotmar, Arbeitsvertrag, Bd. I S. 330/31.

so ist sie doch nicht imstande, das Problem zufriedenstellend zu lösen, weil ihre Voraussetzung, daß nämlich die Einteilung der Arbeitsverträge in Zeitlohnvertrag und Akkord erschöpfend sei, auf einem Trugschluß ruht. — Es kann nämlich auch eine Handlung als solche, losgelöst von Zeit und Erfolg, Gegenstand eines Vertrages sein. Ich verpflichte mich z. B. im Theater zu klatschen oder „hurra" zu schreien. Solche Verträge wären nach Lotmar nur als Akkorde zu bezeichnen. Wo dann aber der Erfolg gefunden werden soll, ist nicht einzusehen. Unmöglich kann man in diesem Zusammenhange von der Annahme ausgehen, daß jede Tätigkeit einen Erfolg zeitige. Freilich würde der Gärtner, welcher seit 14 Tagen für drei Mark täglich in meinem Garten arbeitet, sich nicht einverstanden erklären, wenn ich seine Arbeit als absolut erfolglos bezeichnen würde. Gewiß hat auch diese Arbeit ihren Erfolg. Aber solcher Erfolg haftet an der Arbeit; er ist ein unlösbarer Bestandteil derselben. Den Erfolg des Werkvertrages dagegen hat man sich als ein Arbeitsresultat zu denken, welches losgelöst von der Arbeit ein selbständiges Dasein zu führen imstande ist. Dabei macht es keinen Unterschied, ob derselbe sich in einem materiellen oder immateriellen opus darstellt.

d) Arbeit und Entgelt.

Wenn nach diesem die Lotmarsche Einteilung in die beiden genannten Grundformen als nicht erschöpfend hier zurückgewiesen werden muß, so wird doch anderseits die große Bedeutung des Entgeltverhältnisses für unser Problem nicht verkannt. Sicher kann in manchen zweifelhaften Fällen der erkennbare Parteiwille, daß das Entgelt für die Dienstleistung oder in anderem Falle für den Erfolg entrichtet werden soll, die Frage entscheiden [1]).

Von diesem Gesichtspunkte aus müssen zunächst die mancherlei Parteibestimmungen, die sich auf das Verhältnis von Arbeit und Entgelt beziehen, geprüft werden. Diese Untersuchung hat Rümelin in ebenso erschöpfender wie geistvoller Weise durchgeführt [2]).

Hier nur eine kurze Uebersicht über die verschiedenen Möglichkeiten der Lohnbemessung mit ihren Folgeerscheinungen.

1. Die Gesamtleistung ist auf beiden Seiten im ganzen fixiert; für ein bestimmtes Arbeitsquantum wird eine bestimmte Geldsumme versprochen. Dieses Arbeitsquantum kann auf verschiedene Weise gemessen werden: nach Zeit, Resultat und schließlich sogar nach der Arbeit selbst.

Im ersteren Falle nun wird man ohne Gefahr annehmen dürfen, daß auch die zeitlich bemessene Tätigkeit entgolten werden

---

1) Vergl. Mot. II S. 471: Bei dem Dienstvertrag wird für die Arbeit als solche, bei dem Werkvertrag für das Arbeitsprodukt die Vergütung versprochen.

2) Rümelin, a. a. O. S. 49 ff.

soll, daß m. a. W. Dienstvertrag vorliegt, während die Bemessung nach dem Resultat die Parteiabsicht vermuten läßt, daß der Erfolg zur Hauptsache Gegenstand der vertraglichen Verbindlichkeit sein soll, und dies würde auf Werkvertrag deuten; dagegen läßt die Lohnbemessung durch die Arbeit als solche einen bestimmten Schluß nicht zu.

2. Das Entgelt ist nicht in einer Summe festgesetzt, sondern es ist nur das Verhältnis angegeben, nach welchem die Höhe der Zahlung anzurechnen ist, indem für eine in der Arbeit enthaltene Größe ein bestimmter Lohn festgesetzt ist. Als Lohnmaß kommen wieder in Betracht: Die Zeit, das Resultat und die Handlung selbst.

Eine Bemessung durch die Handlung selbst liegt z. B. vor, wenn ich mich verpflichte, einen Botengang für jemanden zu tun, sobald es dieser verlangt. In solchen Fällen ist eine Entscheidung auf Grund des Entgeltverhältnisses wiederum vollkommen ausgeschlossen, weil hier ebenso gut die Handlung als solche, wie ihr Resultat versprochen sein kann.

Ist dagegen der lohnmessende Faktor ein rein zeitlicher, so kann wieder die Entscheidung, daß Dienstvertrag gegeben sei, nicht zweifelhaft sein. Anders ist es, wenn neben dem zeitlich fixierten Lohn auch das Resultat genannt ist, sodaß wiederum zweifelhaft sein kann, ob in der Parteiabsicht die Zeitbestimmung oder der herbeizuführende Erfolg das entscheidende Moment sein soll. Derartige Verträge sind leider sehr häufig. Man denke an den Schreiber, der eine Arbeit abschreibt und dafür pro Stunde 50 Pfennige erhält. Schollmeyer meint allerdings [1]), daß ein Vertrag dadurch seines Charakters als Werkvertrag entkleidet werde, daß die Vergütung nach Zeitabschnitten vereinbart und entrichtet wird. Man müsse in solchem Falle Dienstvertrag annehmen. Begründet wird diese Ansicht mit der Bestimmung des § 641: „Die Vergütung ist bei Abnahme des Werkes zu entrichten". Diese Bestimmung ist aber zum Beweise schon deshalb nicht dienlich, weil sie rein dispositiv ist.

Wenn endlich als lohnmessende Größe ein Arbeitsresultat genommen wird, ein Erfolg, der sich mehrere Male in derselben Weise realisieren soll, so liegt zwar die Annahme sehr nahe, daß nach der Parteiabsicht das Resultat entgolten werden soll und demnach Werkvertrag vorliegt. Es soll jedoch gezeigt werden, daß auch bei dieser Art der Lohnbemessung der Dienstvertrag nichts Seltenes ist.

Es handelt sich um die Frage, welcher der beiden Vertragstypen der sogen. Stücklohnvertrag unterzuordnen ist.

Bei der Behandlung dieses Problems ist zu beachten, daß die Bezeichnung „Stücklohn" eine verschiedene Auffassung zuläßt. Man kann nämlich auch da von Stücklohn reden, wo eine Handlung als

1) Schollmeyer, S. 55 a. a. O.

solche, losgelöst von Zeit und Erfolg versprochen ist. Hier kann, wie schon gesagt, mit Bestimmtheit weder auf Werk- noch auf Dienstvertrag geschlossen werden.

Meistens aber spricht man von „Stücklohn“ im Hinblick auf einen sich mehrfach in gleicher Weise realisierenden Erfolg. Daß auch Stücklohn in diesem Sinne beim Dienstvertrag denkbar ist, wurde bereits gesagt. Es ist auch dies die herrschende Meinung [1]).

Immerhin scheint es mir bedenklich, die Frage so allgemein und vorbehaltlos zu bejahen, wie dies gemeinhin getan wird, da sich nämlich unter dem Stücklohnvertrag in dem angegebenen weiteren Sinn noch wieder verschiedenartige Gebilde zusammenfinden, die ihre eigene Behandlung erheischen.

Da ist vor allem der Heimarbeitervertrag, ein Vertrag, bei dem der Arbeitnehmer in seinem eigenen Heim selbständig und mit eigenen Werkzeugen produziert und nach Anzahl der produzierten Stücke bezahlt wird.

Eine zeitliche Verpflichtung gegenüber dem Arbeitgeber besteht hier nicht. Ein solcher Vertrag, wo zweifellos nicht die Arbeit als solche, sondern lediglich das Arbeitsprodukt Gegenstand der Verpflichtung ist, kann freilich nichts anderes sein, als reiner Werkvertrag. Es ist auch gar kein greifbarer Grund vorhanden, ihn anders zu behandeln; ganz abgesehen davon, daß die charakteristischen Bestimmungen des Dienstvertragstitels (§§ 617, 618, 629 u. a. m.) auf ihn überhaupt unanwendbar sind.

Anderes gilt für den mit dem gewerblichen Arbeiter geschlossenen Stücklohnvertrag, den sogen. Akkord. Allerdings ist auch solcher Vertrag insofern auf den Erfolg gerichtet, als der Arbeiter nach der Anzahl der richtig hergestellten Stücke bezahlt wird. Und doch sind die Beziehungen des Entgelts zum Resultat ganz andere wie bei den übrigen Stücklohnverträgen. Die Entstehungsgeschichte dieses Akkordvertrages hilft uns seine innere Natur am besten erkennen. Er war und ist auch heute noch ein Institut lediglich zur besseren Ausnutzung der Arbeitskräfte des Arbeitnehmers. Daraus allein erklärt sich die Form seiner praktischen Anwendung. Etwa 90 % aller Akkordverträge vollziehen sich nämlich in der Weise, daß der Arbeiter auf Tage- bezw. Wochenlohn angenommen wird, und er dabei in einer besonderen Klausel die Verpflichtung übernimmt, „im Akkord zu arbeiten“, sei es je nach Bedürfnis, sei es gleich von vornherein. Seine Verpflichtung geht demnach lediglich auf Leistung von Arbeit; die Akkordklausel ist nichts als eine untergeordnete Ausführungsbestimmung. Diesem Gedanken entspricht es auch, einmal, daß der Arbeiter, sobald die Gelegenheit zum Akkordarbeiten nicht vorhanden, verpflichtet ist, dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft anderweitig zur Verfügung zu stellen, und zweitens, daß der Akkordarbeiter, was die Quantität

---

1) So auch Planck, zu § 623 Anm. 2.

der Arbeitsleistung anbetrifft, nicht nach seinem Gutdünken fleißig oder träge sein kann, sondern ein gewisses Durchschnittsmaß innezuhalten verpflichtet ist, welches, dem vom Zeitlohnarbeiter normalerweise geleisteten Arbeitsquantum ungefähr entsprechen wird. Eine weitere Folge ist die, daß der Akkordarbeiter, wenn er auch nicht ein einziges Stück fertigstellt, bei Auflösung des Vertragsverhältnisses doch einen seiner geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung erhalten muß, und zwar auf Grund jenes zugrunde liegenden Zeitlohnvertrages.

Es kann nicht zweifelhaft sein, daß diese geschilderten 90 % aller Akkorde nichts anderes sind, als qualifizierte Dienstverträge, auf welche das Dienstvertragsrecht uneingeschränkt anzuwenden ist.

Von diesen unterscheiden sich die reinen Akkorde durch das Fehlen eines ausdrücklich zugrunde gelegten Dienstvertrages. Trotzdem steht auch hier die Verpflichtung zur Arbeit im Vordergrunde; auch hier sind die übrigen Tatbestandsmomente des Dienstvertrages, als da sind: persönliches Verhältnis der Kontrahenten, persönliche oder wirtschaftliche Unterordnung des Arbeiters und Bindung für bestimmte Zeit, fast ausnahmslos gegeben.

Nur die sogen. „wilde Arbeit“ duldet keine zeitliche Fesselung. Sie kommt aber relativ selten vor, weil sie dem Arbeitgeber alle die Sicherheiten nimmt, die ihm das Innehalten der Vertragspflichten seitens des Arbeiters garantieren. Im allgemeinen kann man deshalb ohne Bedenken sagen, daß das Verhältnis des stetigen Zurdispositionsstellens der Arbeit auch bei den reinen Akkorden bestehen bleibt.

Diese innerliche Uebereinstimmung des Akkordvertrages mit dem gewöhnlichen Dienstvertrage könnte meines Erachtens seine Behandlung als Dienstvertrag bereits rechtfertigen. Entscheidend für die Frage ist aber das Lohnarrestgesetz vom 21. Juni 1869. Im § 3 bestimmt es nämlich — zweifellos im Hinblick auf den gewerblichen Akkordvertrag —: Als Vergütung ist jeder dem Berechtigten gebührende Vermögensvorteil anzusehen. Auch macht es keinen Unterschied, ob dieselbe nach Zeit oder Stück (d. h. also als Akkordlohn) berechnet wird“. Die Tatsache, daß dieses Gesetz, welches lediglich zum Schutze der Arbeiter erlassen ist, keinen Unterschied macht zwischen Zeit- und Akkordarbeiter, zwingt uns, auch die sämtlichen im Interesse des Arbeitnehmers erlassenen Dienstvertragsvorschriften des BGB. ebenfalls auf den Akkord- oder Stücklohnvertrag anzuwenden. Und daraus folgt weiter, daß das ganze Dienstvertragsrecht auf diesen Vertrag anzuwenden ist. Eine diese Annahmen widerlegende Ausnahmebestimmung ist jedenfalls im Gesetz weder beim Dienstvertrag noch beim Werkvertrag zu finden.

Ein Vertrag aber, für den die Regeln des Dienstvertrages

gelten, und zwar nur diese, ist ein Dienstvertrag, ob auch der äußere Tatbestand einen Werkvertrag vermuten läßt [1]).

Es ist demnach zu konstatieren:

1. Aus dem Entgeltverhältnis läßt sich in vielen Fällen ein Parteiwille, daß Tätigkeit bezw. Erfolg vergütet werden soll, nicht ermitteln. Dies ist der Fall:

a) wenn die Handlung als solche lohnmessend ist, und

b) wenn der Lohn zwar nach Zeitabschnitten bemessen, daneben aber auch das Resultat betont wird.

2. Der Unterschied von Zeitlohn und Stücklohn (im weiteren Sinne) ist für die Annahme von Dienst- oder Werkvertrag nicht entscheidend, weil auch beim Dienstvertrag Stücklohn und umgekehrt beim Werkvertrag Zeitlohn vorkommen kann [2]).

3. Abgrenzung nach den Rechtsfolgen.

Aus dem bisher Gesagten mag die Unmöglichkeit einer Abgrenzung lediglich nach dem Tatbestande zur Genüge ersichtlich sein.

Was nun die Rechtsfolgen anbetrifft, so ergibt sich deren wichtigste auf den ersten Blick aus den Tatbeständen. Wenn

a) Die Gefahrtragung.

nämlich der Arbeitnehmer des Werkvertrages verpflichtet ist, einen Erfolg herbeizuführen, so folgt daraus, daß er keine Vergütung erhält, sobald der Erfolg nicht eintritt. Es wird nicht etwa nur die Bemühung in der Richtung auf den Erfolg geschuldet. Beim Dienstvertrag dagegen werden die Dienste als solche, ohne Rücksicht auf den Erfolg bezahlt. Daraus folgt: Beim Werkvertrag trägt der Arbeitnehmer eine Gefahr.

Es mag mit Rücksicht auf das oben Gesagte hier unerörtert bleiben, ob es angezeigt ist, die Gefahr in den Begriff des Werkvertrages aufzunehmen oder nicht [3]). Für diesen Zusammenhang genügt die Tatsache, daß das Versprechen eines Erfolges eine Gefahrtragung nach sich zieht. Es wäre jedoch falsch, hieraus den umgekehrten Schluß zu ziehen, daß jede Gefahrtragung einen Werkvertrag bedinge; denn erstens ist auch beim Dienstvertrag eine

1) Vergl. auch Handelswörterbuch für Staatswissenschaften, Bd. I S. 989: Auch wenn Stücklohn gezahlt wird, kann doch ein Dienstvertrag vorliegen, und in den meisten Fällen wird sogar einer vorliegen.

2) Vergl. S. 19, 2; ebenso: Recht 03, S. 128; RGE. X S. 205; vergl. auch l. 51 § 1 D. 19, 2: „locavi opus, ut pro opere redemptori certam mercedem in dies singulos darem". Eine Ausnahme macht allein das allgemeine Landrecht. Hier wurde, allerdings vielfach unter Bezugnahme auf ALR. I 11, § 925 die Ansicht vertreten, daß es für den Begriff des Werkvertrages im Gegensatz zum Dienstvertrage u. a. wesentlich sei; daß für das fertige Werk als ein Ganzes eine einheitliche Vergütung in ungetrennter Summe bedungen werde.

3) Neben Rümelin ist auch Oertmann, Schuldverh. S. 654 der Ansicht, daß die Gefahrtragung zum Tatbestand des Werkvertrages gehöre.

A. M. Planck, Bd. II S. 555: „Die Gefahrtragung ist nur eine Folge aus dem Wesen der Verträge".

gewisse Gefahrübernahme vorhanden [1]), und zweitens lassen sich Werkverträge denken, bei denen überhaupt keine Gefahr übernommen wird.

Aus diesem Grunde ist zunächst eine Prüfung der Gefahrverhältnisse selbst erforderlich. Die Gefahr, von der bis jetzt die Rede war, die auf dem Gegensatz von Dienstvertrag und Werkvertrag beruht, und auch ohne weiteres sich aus § 631 ergibt, könnte man passend die Gefahr der Unternehmung nennen. Aber nicht selten liegt der Grund für das Ausbleiben des Erfolges nicht so sehr in der Unternehmung selbst, als in anderen, meist von außen wirkenden Momenten. Und so ergibt sich die Einteilung in: Gefahr der Unternehmung, des Materials, der hergestellten Sache, der Arbeitskraft, der Zeit und der Unterbrechung.

Nach einer Untersuchung der Wechselbeziehungen dieser Gefahren untereinander stellt Rümelin nun folgende, m. E. durchaus zutreffende Auslegungsregel auf [2]).

„Es kann aus der Gefahr der Unternehmung, die übernommen ist, auf die Uebernahme der Gefahren des Materials, der Aufbewahrung und der Zeit geschlossen werden, während der umgekehrte Schluß nicht, jedenfalls nicht unter allen Umständen gerechtfertigt ist.“

Bei der Entscheidung wieder, ob die Gefahr der Unternehmung übernommen ist, sollen wirtschaftliche Erwägungen maßgebend sein, indem das wirtschaftlich Angemessene im Zweifel als von den Parteien gewollt anzusehen ist. Wirtschaftlich angemessen ist es aber — und das beweist die Tendenz unseres ganzen Verkehrslebens — die Gefahr möglichst nicht dem Unternehmer aufzuerlegen. Nur bei unerheblicher Gefahr ist es naheliegend, den Arbeitnehmer durch das Resultat zu kontrollieren und ihn deshalb für das Resultat zu bezahlen. Für die Auslegung ist auch die Oertmann-Strohalsche Sphärentheorie von Bedeutung, die zwischen den Gefahren, die der Sphäre des Unternehmers und denjenigen, welche der Sphäre des Bestellers angehören, unterscheidet und nur die ersteren dem Unternehmer auferlegt. Praktisch ist das Resultat dasselbe wie oben, da man diese Art der Gefahrenteilung ohne Bedenken als wirtschaftlich angemessen bezeichnen kann. Rümelin ist sogar der Meinung, daß diese Beschränkung der Unternehmerhaftung auf seinen Gefahrenkreis sich mit dem Wortlaute des Gesetzes sehr gut vereinigen ließe, und daß man sie deshalb auch ohne Bedenken in dasselbe hineinlegen könne [3]).

Von der oben angedeuteten Gefahr beim Dienstvertrage gilt

---

1) Cosack, Lehrb. § 144 I 2 a: „Die Gefahr der Dienstleistung hat der Dienstschuldner zu tragen“.

2) Rümelin, a. a. O. S. 146.

3) Rümelin, a. a. O. S. 127.

nun folgendes. Es handelt sich um die Gefahr der Unterbrechung, mit welcher sogar oftmals die der Unternehmung Hand in Hand geht. Sie ist bei den meisten Dienstverträgen gegeben, indem — vielfach nur stillschweigend — eine Unteilbarkeit der Leistung in dem Sinne verabredet wird, daß eine Teilleistung nicht honoriert zu werden braucht. Das Zeitmaß, welches hier in Betracht kommt, ist natürlich willkürlich, wird jedoch in den gewöhnlichen Fällen des täglichen Lebens mindestens den vierten Teil einer Stunde betragen [1]). So kann der Klavierlehrer zwar einen Teil seines Honorars verlangen, wenn nach Verlauf etwa einer halben Stunde nach Beginn des Unterrichts der Blitz das Klavier zertrümmert, nicht aber steht ihm solcher Anspruch zu, wenn die kasuelle Unterbrechung 5 oder 6 Minuten nach Beginn der Unterrichtsstunde eintritt. Daß übrigens hier nur die kasuelle Unterbrechung in Frage steht, dürfte selbstverständlich sein. Bei jeglichem Verschulden treten einfach nach allgemeinen Grundsätzen die Folgen des Verschuldens ein.

Noch eine weitere Gefahr ist beim Dienstvertrag dem Arbeitnehmer auferlegt: die Gefahr des Materials. Allerdings wird dies nicht allgemein anerkannt. Und doch sind die Gründe, die diese Materialhaftung des Arbeitnehmers hier rechtfertigen, ganz dieselben wie beim Werkvertrag, wo die Materialhaftung allgemein anerkannt ist [2]).

Auch die Haftung des Arbeitnehmers für die verwendeten Instrumente und Maschinen wird für den Werkvertrag als begründet anerkannt. Auch die für die Materialhaftung maßgebenden Gründe sprechen in manchen Beziehungen für diese Haftung. Deshalb tritt auch hier wieder die Frage auf, ob eine Ausdehnung dieser Haftung auf den Dienstvertrag angemessen erscheint, ob nicht auch diese Gefahr von dem Arbeitnehmer des Dienstvertrages zu tragen sei. Und sicher ist diese Haftung nicht nur angemessen, sondern ihre Durchführung auch im höchsten Grade erwünscht.

Die Judikatur hat sich bis jetzt zu einer strengen Durchführung dieses Prinzips noch nicht entschließen können. Noch immer ist das Bestreben, vor allem der Gewerbegerichte, nicht zu verkennen, den „wirtschaftlich Schwächeren“ zu schützen. Das Schlagwort von der wirtschaftlichen Schwäche sollte doch allmählich seine Wirkung eingebüßt haben, wo man täglich erkennen kann, wie ungeheuer groß die Macht der verschiedenen sozialen Interessengruppen heutzutage ist, die den einzelnen vertreten und schützen. Man hüte sich, sich durch solche Schlagworte verleiten zu lassen und damit die Unparteilichkeit aufs Spiel zu setzen!

---

1) So auch Cosack, Bürgerl. Recht § 144, 6b.

2) Aehnlich Rümelin, a. a. O. S. 123: Der Hauptgrund für diese Haftung des Arbeitnehmers ist, daß der Arbeitgeber gar nicht in der Lage ist, sich gegen den Schaden des schlechten Materials zu sichern.

Wie aber soll nun noch die Gefahrtragung für die Abgrenzung von Dienstvertrag und Werkvertrag differentiell sein, wenn hier wie dort Gefahren zu übernehmen sind? Rümelin meint, das unterscheidende Merkmal könne nur in einem Plus von Gefahren bestehen, welches beim Werkvertrage vorhanden sei. Das ist vollkommen richtig; denn die Gefahr der Unterbrechung z. B. wird beim Dienstvertrag praktisch meist gleich null sein. Immerhin aber fehlt die bestimmte oder bestimmbare Scheidelinie, und diese Tatsache verbietet es, der Anschauung Rümelins zu folgen, welcher die Gefahrtragung als das allein entscheidende Kriterium zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag statuiert.

Dasselbe Resultat ergibt die Untersuchung der anderen Frage, wie es sich verhält, wenn gar keine Gefahr vorhanden ist, die übernommen werden könnte. Hier kommt es wieder auf die Bedeutung an, die man der Begriffsbestimmung beilegt. Die aufgeworfene Frage ist gegenstandslos, sobald mit der Behauptung, daß ein Werkvertrag vorhanden ist, nichts weiter gesagt sein soll, als daß der Arbeitnehmer die Gefahr trägt. Daß aber solches de facto nicht der Fall ist, ist bereits oben gesagt. Es wurde ausgeführt, daß die verschiedenen Rechtswirkungen, die das Gesetzbuch den Tatbeständen des Dienst- und Werkvertrages zuteilt, für jeden der beiden Verträge als ein abgesondertes Ganzes zu betrachten seien, daß m. a. W. jeder Tatbestand mit seinen aus verschiedenen Elementen zusammengesetzten Rechtsfolgen eng verwachsen ist, und darum läßt uns Rümelins Argumentation hier so vollkommen im Stich. Aber trotzdem wird man — das sei hier vorausgenommen — keiner Differenz in der Rechtswirkung eine so prinzipielle Bedeutung beimessen dürfen, wie der Gefahrtragung; sei es, weil die gedachten Verschiedenheiten das Wesen der Verträge nicht berühren, sei es, weil sie zu wenig fundamental sind, um für das praktische Problem der Abgrenzung beider Verträge in concreto verwendet werden zu können. Weiter unten, bei der Gegenüberstellung der differentiellen Rechtsfolgen wird dieses seine stillschweigende Bestätigung finden. Es mag deshalb einstweilen bei dem bisher gewonnenen Resultat bewenden.

b) Nichtdifferentielle Rechtsfolgen.

Nur einige wenige Rechtsfolgen bedürfen noch der Erwähnung, weil sie in der Litteratur oft als differentiell bezeichnet werden, ohne es zu sein.

α) Pflicht zur Herstellung.

Eine Ansicht z. B. geht dahin, daß die Verpflichtung, eine bestimmte Arbeit fertig zu stellen, zwar beim Werkvertrag, nicht aber beim Dienstvertrag vorliege. So ist aber bei Düringer-Hachenburg, Bd. III S. 324 zu lesen: „Nicht, daß die Dienste nach Maßgabe des Resultats vergütet werden, ist das entscheidende Zeichen des Werkvertrags; denn diese Art der Entlohnung kann auch beim Dienstvertrag vor-

kommen; das Kriterium liegt vielmehr in dem Inhalt der Verpflichtung des Unternehmers, welche die Erzielung eines bestimmten Resultats durch Arbeit oder Dienstleistung zum Gegenstande hat“ [1]). Dann wäre also der Gärtner, der mir im Frühjahr für 3 Mk. Tagelohn meinen Garten in Ordnung zu machen verspricht, berechtigt, die Arbeit einzustellen, wenn es ihm paßt, und zwar mit der Begründung, daß er als Dienstverpflichteter es nicht nötig habe, seine Arbeit fertigzustellen. Das wäre ungerechte Willkür. Man kann daher unbedenklich dem § 611 die Auslegung geben, daß auch der Arbeitnehmer des Dienstvertrages zur „Fertigstellung“ der versprochenen Dienste verpflichtet ist, falls diese Fertigstellung ausdrücklich oder stillschweigend mit in den Vertragsinhalt aufgenommen ist [2]).

β) Selbständigkeit und Unselbständigkeit des Arbeitnehmers.

Eine andere Meinung ist, daß der Werkvertrag durch die Selbständigkeit des Arbeitnehmers charakterisiert werde. So schreibt z. B. Loewenfeld [3]): „Wenn irgend eine Regel bei der Dienstmiete Anspruch auf allgemeine Geltung hat, so ist es wohl die Regel, daß der Dienst nach dem Willen des Dienstberechtigten zu geschehen hat. Auch für das „Werk“ bei der locatio operis ist natürlich der Wille des Empfängers maßgebend, aber während hier der Arbeiter seine Arbeit selbst zu dem vom Besteller gewollten Erfolg zu lenken hat, und in dieser Beziehung nicht unter der Direktion des Vertragsgegners steht, ist die Leitung zum Ziele bei der Dienstmiete Sache des Arbeitsherrn; nicht nur der Erfolg, auch der Weg zum Erfolg ist von ihm abhängig“ [4]). . . .

Unter „Selbständigkeit“ in diesem Zusammenhange ist, wie Rümelin (S. 31 f.) treffend ausführt, ein doppeltes zu verstehen. Einmal die Selbständigkeit des Arbeiters in dem konkreten

1) Daher auch Hachenburg, a. a. O. S. 42: „In allen Fällen, in welchen eine Verpflichtung zur Erfüllung des Werkes nicht vorliegt, in welchem ein Unternehmen im Sinne der heutigen Auffassung fehlt, ist Dienstvertrag anzunehmen, mag auch der Arbeitserfolg in der einen oder anderen Weise mit in Betracht kommen. Aehnlich Neumann, Komm., Vorb. zu § 611 I, 1 und ERG. X S. 205.

2) So auch Lotmar, a. a. O., Bd. II S. 855.

3) Gutachten a. d. Anwaltstande, S. 927.

4) Aehnlich behauptet Dernburg, Pand. 2. Aufl. § 112 S. 310: „Die Dienstmiete hat nur mit solchen Arbeiten zu tun, die nach Anordnung und Geheiß des Arbeitgebers geschehen“. Indem Loewenfeldt diese Stelle als Beleg seiner Ansicht zitiert, vergißt er, daß die römische locatio conductio operarum tatsächlich auf die operae illiberales beschränkt war, während heute Dienste aller Art Gegenstand des Dienstvertrags sein können.

Eine ziemlich große Bedeutung mißt auch Riezler, a. a. O. S. 45 der Selbständigkeit des Arbeitnehmers bei, ohne jedoch die Unsicherheit einer hierauf basierten Unterscheidung zu verkennen. S. 46 heißt es: „Es sei nochmals betont, daß eine sichere Kenntnis der Vertragsart auch von einer Klarstellung des besprochenen Subjektionsverhältnisses nicht erwartet werden darf“.

Rechtsverhältnis dem Arbeitgeber gegenüber, dann aber auch die Selbständigkeit der sozialen und wirtschaftlichen Stellung des Arbeitnehmers. Diese beiden Arten der Selbständigkeit sind schon deshalb auseinander zu halten, weil sie in vielen Fällen auch praktisch auseinander gehen.

Es ist nun nicht zu leugnen, daß der ganz unselbständige[1]) Arbeitnehmer niemals eine Gefahr übernehmen und infolgedessen auch niemals einen Werkvertrag abschließen kann, der mit Gefahrübernahme verbunden ist. Aber zwischen ganzer Unselbständigkeit und ganzer Selbständigkeit sind so undenkbar viele Stufen möglich, daß man freilich sagen muß, „daß die Selbständigkeit kein geeignetes Element ist, um an dasselbe rechtlich relevante Unterscheidungen anzuknüpfen“[2]). Ausgeschlossen aber ist es, den Dienstvertrag nur bei vollständiger Unselbständigkeit anzunehmen. Diese Fälle sind so selten, daß sich ihretwegen die Schaffung und Bearbeitung eines besonderen Dienstvertragstitels im BGB. wahrlich nicht gelohnt hätte. Ebensowenig ist es umgekehrt angängig, Werkvertrag nur bei vollständiger Selbständigkeit des Unternehmers anzunehmen. Jedenfalls steht das Gesetz dieser Auffassung direkt entgegen, wenn es im § 645 von einer „von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung“ spricht. Die meisten Unternehmer bei staatlichen oder städtischen Submissionen arbeiten sogar in solchem Grade nach Anweisung, daß von einem Direktionsrecht kaum noch die Rede sein kann. — Auch das mag zutreffen, was Lotmar gegen die zur Kritik stehende Auffassung anführt[3]), daß nämlich das Gesetzbuch, indem es im § 618 von „Dienstleistungen, die unter seiner (d. i. des Dienstberechtigten) Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind“ als etwas Besonderem spricht, erkennen läßt, daß beim Dienstvertrag auch Leistungen möglich sind, die nicht unter der Anordnung oder Leitung des Dienstberechtigten vorgenommen werden müssen.

Auch das wird von Lotmar treffend hervorgehoben, daß der Unterscheidung die Anwendbarkeit und damit ihre praktische Bedeutung genommen wird, sobald man statt des absoluten Gegensatzes (Direktionsrecht — kein Direktionsrecht) ein geringeres Maß auf der einen Seite, oder gar eine Verteilung auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer ins Auge fassen will[4]).

1) D. h. unselbständig in der erstgenannten Bedeutung.
2) Rümelin, a. a. O. S. 36.
3) Lotmar, a. a. O., Bd. II S. 857.
4) So auch Handwörterbuch für Staatsw. I S. 989; Planck, II S. 553; ähnlich Endemann, Lehrbuch S. 1088; cf. auch Mot. II S. 458: „Die Bestimmung, daß der Dienstverpflichtete nach den Weisungen des Berechtigten zu verfahren habe, gibt zu Bedenken Anlaß“.
Ebenso Matthias, a. a. O. § 122 S. 583 Bd. I.

Damit ist die weitere Ansicht, daß das BGB. eine persönliche Unterordnung des Arbeitnehmes beim Dienstvertrag voraussetze, schon widerlegt. Das Leben zeigt uns viele Unternehmer des Werkvertrags in größerer persönlicher Unterordnnng als manche Arbeitnehmer beim Dienstvertrage. Wenn man nur den Vertrag des Dozenten mit seinem Hörer, der doch fraglos als Dienstvertrag aufzufassen ist, ins Auge faßt, mag man die Unmöglichkeit obiger Argumentation in vollem Maße erkennen.

γ) Persönliche Unterordnung.

Es bleibt noch zu prüfen, ob die Selbständigkeit des Arbeitnehmers in wirtschaftlicher Beziehung, d. h. im Gesamtprozesse der Volkswirtschaft[1]) dem Werkvertrage eigen ist. Rosin verbreitet sich eingehend über diese Frage. Er kommt zu dem m. E. richtigen Ergebnis[2]), daß bei der Feststellung der Selbständigkeit in dem angegebenen Sinne ebensowohl die oben behandelte engere Selbständigkeit gegenüber dem Arbeitgeber, wie auch die Art der zu leistenden Arbeit, der Arbeitsort, die Lebensstellung des Arbeitenden, sein Kapitalbesitz, das unternommene Resiko und noch manche andere Momente zu berücksichtigen sind, welche in ihrer Gesamtheit eine klare, praktisch brauchbare Abgrenzung bedenklich erschweren, wenn nicht ganz unmöglich machen. Schon deshalb ist der Begriff der wirtschaftlichen Selbständigkeit für unser Problem nicht brauchbar. Ueberdies würde auch hier die Subsumierung der konkreten Tatbestände unter den abstrakten Begriff auf noch manche Schwierigkeit stoßen.

δ) Treupflicht.

Vielfach wird noch die Ansicht vertreten, daß der Arbeitnehmer des Dienst-, nicht dagegen der des Werkvertrags zur Treue gegenüber seinem Arbeitgeber verpflichtet sei.

Diese Treue sei nicht nur ein bloßes Moralgebot, sondern eine ganz bestimmte Rechtspflicht, und zwar eine spezifische Rechtsfolge des Dienstvertrages. So heißt es bei Dernburg[3]): „Das Dienstverhältnis hat sein Wesen in persönlicher Diensttreue" und weiter unten: „auch unausgesprochen gehört dem deutschen Dienstrecht persönliche Treue zu." Staudinger faßt diese besondere Treupflicht nicht gerade als Unterscheidungsmerkmal, aber doch „als praktische Hauptkonsequenz der den Dienstvertrag auszeichnen-

---

1) Der Begriff ist nicht zu weit zu fassen. Gemeint ist „jene einseitige, wirtschaftlich soziale Abhängigkeit, kraft deren die ganze Persönlichkeit des Arbeiters von der selbständigen Betätigung auf dem allgemeinen tauschwirtschaftlichen Markt ausgeschlossen und auf das beschränkte Gebiet des Arbeitsmarktes verwiesen ist, wo sie in der Verwertung ihrer Arbeitskraft, d. h. regelmäßig ihres einzigen verwertbaren Besitzes, von der durch den Unternehmer gebotenen und durch seine Disposition geschaffenen Arbeitsgelegenheit abhängig ist" (Rosin, Arbeiterversicherung, Bd. II S. 36.

2) Rosin, a. a. O. S. 31 ff.

3) Dernburg, Bürgerl. Recht II § 306.

den persönlichen Beziehung". Sie soll auch ein Aequivalent für die im § 617 statuierte Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten sein. Dann heißt es weiter[1]): „Diese Treupflicht und Fürsorgepflicht überschreitet auch (insbes. im Hinblick auf § 617) den allgemeinen, für den Arbeitsvertrag schlechthin geltenden Maßstab von Treu und Glauben nach § 242".

Es mag richtig sein, daß die Fürsorgepflicht des § 617 das Normalmaß des § 242 überschreitet, doch scheint es mir ein Trugschluß, wenn man aus diesem Grunde allein auch an die Treupflicht des Dienstvertrages einen außergewöhnlichen Maßstab legen will. Im Gegenteil: Weil diese Art der Fürsorge etwas Besonderes ist, ist auch der § 617 ausdrücklich in das Dienstvertragsrecht aufgenommen. Für die Treupflicht aber ergibt sich per argumentum e contrario das Gegenteil. Und weiter: Wenn schon nach § 242 jeder Schuldner seine Leistung so zu bewirken hat, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es fordern, so müßte jedenfalls die besondere Dienstvertrags-Treupflicht genau bestimmt und abgegrenzt sein. Davon aber ist im Gesetz keine Rede. Zu welchen Wirrnissen müßte es auch führen, wenn man dem Begriff von „Treu und Glauben im Verkehr" noch eine besondere Dienstvertragstreue gegenüberstellen wollte!

c) Die differentiellen Rechtsfolgen in ihrer Bedeutung für das Verhältnis von Dienstvertrag und Werkvertrag.

Es ist im Hinblick auf die geschilderten engen verwandtschaftlichen Beziehungen und die darin begründete Schwierigkeit der Abgrenzung von Dienstvertrag und Werkvertrag der Gedanke laut geworden, mit dem bisherigen System zu brechen und beide Verträge in einen zu verschmelzen. Endemann schreibt[2]):

„Es wäre viel nützlicher, für die freie Arbeit den Dienst- und den Werkvertrag zu einem einzigen Arbeitsvertrage zusammenzufassen, als in ihnen innerlich verschiedene Verträge zu erblicken."

Aber dieser Gedanke hat auch scharfen Widerspruch erfahren. Riezler meint[3]) u. a.: „Insofern fällt der Werkvertrag allerdings in das weite Gebiet der Arbeitsverträge. Aber man lege darauf kein allzu großes Gewicht und hüte sich namentlich, bloß deshalb, weil hier das sozialpolitische Schlagwort der „freien Arbeit" auf dem Plan erscheint, zu weitgehende Forderungen an die Gesetzgebung des Privatrechts und an die zivilistische Dogmatik zu stellen".

Es wird nun die Hauptaufgabe der folgenden Betrachtungen sein, zu zeigen, ob und wie weit Riezler Recht behält.

In durchaus geistvoller Weise hat Rümelin in seiner bereits öfter zitierten Schrift nachzuweisen versucht, daß mit dem Tragen

1) Staudinger, Kom. II S. 860 (Vorbem. zu § 611, III 2.
2) Jahrbuch für Nationalökonomie u. Statistik, Bd. 67 S. 701.
3) Riezler, Werkvertrag, S. 30/31.

oder Nichttragen der Gefahr der Gegensatz zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag erschöpft sei. Alles Andere sollen beide Verträge gemein haben.

In der Tat ist es überraschend, wieviel Gemeinsames in der gesetzlichen Regelung eine nähere Betrachtung von diesem Gesichtspunkte aus aufdeckt. Und doch ist es de lege ferenda nicht möglich, die beiden Vertragstypen zu einem einzigen Arbeitsvertrag zu verschmelzen, und zwar aus zwei Gründen:

Erstens trifft es praktisch nicht zu, daß die Gefahrtragung den Unterschied zwischen beiden Verträgen erschöpft; es gibt außer ihr noch andere Rechtsfolgen für den Werkvertrag, die für den Dienstvertrag praktisch nicht verwendbar sind. Zweitens: Selbst wenn die Gefahrtragung die ausschließlich differentielle Rechtsfolge wäre, so würde es sich nicht, wie Rümelin meint[1]), „bei der Gefahrregulierung lediglich um unwichtige Modifikationen des Arbeitsvertrages handeln, die keine größere Bedeutung beanspruchen können, als andere Gestaltungen, für die der Arbeitsvertrag Raum bietet"; es wird im Gegenteil behauptet, daß die Gefahrtragung ein hochbedeutsames Moment ist, geeignet, einem Vertrage ein durchaus individualistisches Gepräge zu geben, sodaß schon aus diesem Grunde sich der besondere Titel des Werkvertrages im BGB. rechtfertigen würde.

α) Beschaffenheit der Leistung.

Hinsichtlich der Beschaffenheit der Leistung bemerkt nun Rümelin (S. 177) folgendes: „Die Leistung beim Dienstvertrag bestimmt sich durch den Parteiwillen, und durch die bona fides nach § 242; und von dieser Basis aus wird man auch für den Dienstvertrag zu keinem anderen Resultat gelangen können, als daß die Arbeit so auszuführen ist, daß, wie § 633 bestimmt, das Ergebnis die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern".

Dagegen ist zunächst zu sagen, daß ein Arbeitsergebnis beim Dienstvertrag gar nicht in Frage kommt, infolgedessen auch nicht von Fehlern dieses Ergebnisses gesprochen werden kann. Beim Dienstvertrag wird ja nur die Arbeit als solche geschuldet. Diese kann naturgemäß keine Fehler haben, wenn sie vielleicht auch nutzlos oder gar schädlich für den Arbeitgeber ist. Wenn man die Arbeit nur nach dem durch dieselbe erzielten Resultat beurteilt, so legt man damit auch das Meistgewicht auf das Resultat, d. h. m. a. W.: es ist ein Werkvertrag gegeben. Es folgt daraus, daß die Dienstvertragsarbeit nicht mit Hilfe des erarbeiteten Resultats bemessen und bewertet werden darf, sondern daß für die Beschaffenheit der Leistung, nur Treu und Glauben

1) Rümelin, a. a. O. S. 317.

im Hinblick auf die erteilten Anweisungen oder, wo solche nicht gegeben sind, im Hinblick auf die Verkehrssitte maßgebend sind. Nun ist es Tatsache, daß bei dem größten Teil aller Dienstverträge die Arbeitsleistung mehr oder weniger unter Anweisung des Dienstberechtigten vor sich geht. Dementsprechend sind aber auch die Anforderungen, die Treu und Glauben an den Arbeitnehmer stellen, verschieden, insofern nämlich der ganz unselbständige Arbeiter, um seine Leistung im Sinne des § 242 zu bewirken, ein bedeutend geringeres Maß von Sorgfalt aufzuwenden braucht, als der selbständige. Deshalb wird auch in vielen Fällen die Leistung anders beschaffen sein, wenn sie nach § 242, anders, wenn sie nach § 633 bewirkt ist. Dies bedeutet ein weiteres gewichtiges Bedenken gegen Rümelins Ansicht.

Aus obigem ergibt sich sogleich die Unhaltbarkeit der Schlußfolgerungen, die Rümelin aufstellt. Unmöglich darf man sagen, daß, wenn bei einem der beiden Verträge eine auf allgemeinen Regeln beruhende Bestimmung getroffen ist, das argumentum e contrario ausgeschlossen, und deshalb durch die betreffende Bestimmung kein Unterschied zwischen Dienstvertrag und Wertvertrag begründet werde! Das hieße doch m. a. W.: Wenn zwei Begriffe nicht das direkte Gegenteil von einander sind, so sind sie einander gleich!

Ein anderes Charakteristikum des Werkvertrags hat das BGB. in dem § 633 Abs. 2 geschaffen, wo es bestimmt: „Ist das Werk nicht von dieser (d. h. der fehlerlosen) Beschaffenheit, so kann der Besteller die Beseitigung des Mangels verlangen". Daß ihm diese Befugnis in dem Sinn zusteht, daß er klagen kann, ist freilich nicht unbestritten, wenn auch nur eine geringe Anzahl von Schriftstellern die entgegengesetzte Meinung vertritt. Zu diesen gehört Schöller, welcher zur Begründung etwa folgendes anführt[1]): Das Gesetz lege allerdings dem Unternehmer — scheinbar unabhängig von der Mängelhaftung — die ausdrückliche Verpflichtung zur Beseitigung des Mangels auf. Allein diese Verpflichtung sei keine ursprüngliche, aus dem Vertrage entstandene. Sie entstehe vielmehr erst infolge der mangelhaften Herstellung des Werkes und stelle sich dar, lediglich als eine durch die mangelhafte Vertragserfüllung herbeigeführte Modifikation der ursprünglichen Erfüllungspflicht. Sie sei also nur eine besondere Form der Mängelhaftung und ihre Nichterfüllung könne daher keine weiteren Rechtsfolgen haben als die Haftung für schuldhaft nicht heilbare Mängel, d. h. also, der Besteller sei auf die besonderen Gewährleistungsansprüche der §§ 633/34 beschränkt; gerade als wenn die Beseitigung des Mangels von vornherein unmöglich gewesen wäre.

Warum soll nun die Pflicht und anderseits das Recht zur

1) Schöller, b. Gruchot, Bd. 46 S. 256 f.

Beseitigung des Mangels nicht ursprünglich und im Vertrage begründet sein? Gerade auf diesen Gedanken basiert m. E. der wesentlichste wirtschaftliche Unterschied zwischen Werkvertrag und Kauf. Der Käufer kann sofort Wandlung oder Minderung verlangen, weil es dem Verkäufer in den meisten Fällen ein Leichtes sein wird, die mangelhafte Sache anderweitig zu verwerten. Ihm steht daher prinzipiell das Recht nicht zu, die Wandlungsklage des Käufers durch Nachbesserung der mangelhaften Sache abzuwenden. Der Werkunternehmer aber hat für das nach eignen Angaben des Bestellers hergestellte Werk in den wenigsten Fällen eine andere Verwendung. Ihm muß daher das eventuelle Recht auf Nachbesserung gleichsam mit auf den Weg gegeben werden. Aehnliches gilt auch für den Besteller. Wer sich eine selbst erfundene Maschine genau nach Anweisung gegen hohes Entgelt konstruieren läßt, unternimmt solches nur mit dem Bewußtsein seines Rechts auf etwaige Nachbesserung. Dieses Recht als ein typisches, dem Werkvertrag eigentümliches ausdrücklich zu statuieren ist die Absicht des Gesetzes im § 633 Abs. 2.

Die Motive bestätigen übrigens diese Auffassung. Im 2. Band heißt es S. 482: „Es wird durch die Bestimmung, daß der Besteller dem Unternehmer sofort ohne vorgängige Anrufung des Richters eine Frist zur Beseitigung des Mangels setzen und, wenn binnen dieser Frist die Beseitigung des Mangels nicht erfolgt ist, die im § 634 Abs. 2 und 3 bezeichneten Rechte geltend machen kann, die Befugnis des Bestellers nicht ausgeschlossen, zunächst auf Beseitigung zu klagen".

Nun ist freilich zuzugeben, daß sich dieses Recht — nur in anderer Gestalt — auch aus den allgemeinen, mithin auch für den Dienstvertrag geltenden Bestimmungen herleiten läßt. Wenn nämlich der Schuldner Schadenersatz zu leisten hat, so muß er gemäß § 249 in erster Linie den Zustand wieder herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Die Bedeutung des § 633 Abs. 2 liegt demnach darin, daß das, was nach den allgemeinen Bestimmungen nur für den Fall des Verschuldens zutrifft, beim Werkvertrag auch dann gelten soll, wenn das Werk ganz ohne Verschulden mangelhaft geliefert wird.

Die theoretische und praktische Bedeutung dieses Gedankens darf nicht zu gering eingeschätzt werden. Die Fälle, in denen ein Werk ohne Verschulden mangelhaft ausfällt, sind sicher nicht selten. Es bedarf deshalb keiner eingehenden Ausführungen, um zu verstehen, wie sehr diese eine Bestimmung des § 633 das ganze Wirtschaftsleben zu beeinflussen imstande ist, und es auch beeinflußt hat. Dieser Grund allein würde hinreichen, um dem Werkvertrag seine selbständige Existenz zu sichern.

Die genannte Bestimmung begreift noch eine andere Eigenart des Werkvertrages in sich. Ich meine die Pflicht des Unternehmers,

das Werk, welches ihm irgendwie nicht gelungen ist, noch einmal auszuführen, wenn eine Nachbesserung nicht möglich ist oder nicht gelingt. Auch dieses ist allerdings bestritten [1]). Auch das Reichsgericht will den genannten Anspruch verneinen. Im 57. Band wird S. 275 ff. ausgeführt, daß das BGB. in den §§ 633—35 die besonderen Rechte des Bestellers im Falle der Mangelhaftigkeit des Werkes haben vollständig und ausschließlich regeln wollen, und daß in den angeführten Paragraphen ein solches Recht nicht aufgeführt werde. Aus allgemeinen Erwägungen lasse sich ein solcher Anspruch ebenfalls nicht herleiten. Ein Vergleich mit den Vorschriften über den Kauf soll dies bestätigen. Dort habe der Käufer auch nur in einem Falle, nämlich beim Gattungskauf, und dann auf Grund einer ausdrücklichen Vorschrift das Recht, anstatt einer mangelhaften Sache eine mangelfreie zu verlangen. —

Was zunächst die Analogie mit dem Kaufe anlangt, so schlägt diese aus zwei Gründen nicht durch. Erstens ist dort eine Vertragspflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache überhaupt nicht anerkannt. § 459 Abs. 1 S. 2 sagt ausdrücklich, daß eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit nicht in Betracht zu ziehen ist [2]).

Zweitens aber wird in obiger Begründung übersehen, daß beim Spezieskauf ein Recht auf Neulieferung schon deshalb nicht angängig ist, weil Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, sobald die Sache Mängel hat, deren Beseitigung unmöglich ist. — Man muß, um zur Beantwortung der Frage zu gelangen, zwei Fälle auseinander halten:

1. Wenn eine Neuherstellung des Werkes nicht mehr möglich ist, so greifen die allgemeinen Grundsätze über Unmöglichkeit Platz. Der Unternehmer wird also befreit, wenn er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat.

2. Ist aber die Herstellung noch möglich, so kann der Besteller nach wie vor den Anspruch auf Beseitigung des Mangels geltend machen, und, wenn nicht anders, verlangen, daß ihm eine neue mangelfreie Sache geliefert werde. Die Herstellung einer neuen Sache ist eben im Erfolg nichts anderes als die Beseitigung des sonst unheilbaren Mangels. Von diesem Anspruch den Unternehmer zu befreien, dafür findet sich weder in den allgemeinen Vorschriften des Obligationsrechts noch in den besonderen der §§ 633 ff. ein Rechtsgrund [3]).

Grundsätzlich muß das Gesagte gelten für den Fall, daß das Werk gänzlich mißlungen, m. a. W. als solches untergegangen ist [4]).

---

1) a. M. Emmerich, S. 273; Staudinger: zu § 633 III 1, 3.
2) So auch Oertmann, § 633 2h; Levy, Nachbesserungsanspr. S. 6 f.
3) So auch Rümelin, a. a. O. S. 78.
4) Vergl. Oertmann, § 633 2h.

Die Konsequenzen dieses Satzes sind übrigens nicht so hart, wie sie auf den ersten Blick erscheinen mögen. Man wird nämlich gegebenen Falls dem Unternehmer die Einrede aus § 633 Abs. 2 S. 2 nicht verweigern dürfen, wonach er berechtigt ist, die Mängelbeseitigung zu verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde.

Eine andere Frage bleibt es, ob auch bei bloßen Mängeln der Sache, selbst wenn ihre Beseitigung unmöglich ist, der obige Grundsatz anzuwenden ist. Dieses würde freilich zu verneinen sein. Andernfalls würde das ganze Gewährleistungsrecht der §§ 663—35, das vorwiegend aus wirtschaftlich-sozialen Gründen seine jetzige besondere Gestaltung erfahren hat, vollkommen illusorisch werden. Wenn im § 634 die Wandlung nur subsidiär und beschränkt zugelassen wird, um den Unternehmer vor den bedeutenden Nachteilen zu schützen, die er erleiden würde, wenn er das Werk, für welches er in den seltensten Fällen noch Verwendung hat, behalten muß, so ist dieser Grund auch hier ausreichend, um dem Besteller den Anspruch auf Herstellung eines neuen mangelfreien Werkes im Falle bloßer Mangelhaftigkeit [1]) zu versagen.

Sogar die ädilizischen Klagen des § 634 sollen nach Rümelin auch für den Dienstvertrag geeignet sein. Nach den Bestimmungen der §§ 634/35 sind diese Klagen gegeben sowohl im Falle des unverschuldeten Mißlingens des Werkes als auch bei Verschulden seitens des Unternehmers.

Beim Dienstvertrage dagegen steht die Interessеklage auf Schadensersatz dem Arbeitgeber nur bei Verschulden des anderen Teiles zu. Diese Tatsache ist zunächst als weitere Besonderheit des Werkvertrages den bereits genannten (— Klage auf Mängelbeseitigung evtl. Neuherstellung —) zur Seite zu stellen.

Abgesehen davon führt auch die Interesseklage in den meisten Fällen durchaus nicht zu demselben Resultat wie die ädilizischen Rechtsmittel, da bei der Schadensersatzklage einfach die Differenz zwischen dem objektiven Wert der Leistung ohne Fehler und dem objektiven Wert mit Fehler eingeklagt wird, während bei der Minderungsklage eine verhältnismäßige Kürzung eintritt. In allen Fällen, wo das versprochene Entgelt den objektiven Wert der Leistung nicht erreicht, führt daher die Minderungsklage ein für den Arbeitnehmer günstigeres Resultat herbei. Es mag nun dahin gestellt bleiben, ob diese Behandlungsweise, die beim Werkvertrag sicher angemessen ist, auch für den Dienstvertrag geeignet wäre. Ihrer praktischen Durchführung stehen jedenfalls recht bedenkliche Schwierigkeiten im Wege. — Für den Vollzug der Minderung gelten die §§ 469—475 BGB. Nach § 472 ist bei der Minderung „der Preis in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem zur Zeit

1) D. h. ohne daß das Werk als solches untergegangen ist.

des Verkaufs der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde". Es wäre zunächst die Frage, welcher Zeitpunkt für das Minderungsverhältnis entscheidend ist, wenn man diese Vorschrift auf den Dienst- oder den Werkvertrag anwendet. Für den Werkvertrag käme in Betracht 1. die Zeit des Abschlusses des Vertrages [1]), 2. die Zeit der Herstellung des Werkes, 3. die Zeit der Ablieferung [2]) und 4. die Zeit der Abnahme [3]).

Auszuscheiden ist für die nähere Betrachtung die zweite Annahme. Die Zeit der Herstellung bedeutet nämlich in den meisten Fällen einen mehr oder weniger langen Zeitraum, während § 472 offenbar einen Zeitpunkt ins Auge faßt. Aber auch die von Planck, Riezler u. a. verteidigte Annahme kann nicht die Meinung des Gesetzes sein.

Dagegen spricht zur Hauptsache, daß zur Zeit des Abschlusses des Werkvertrags die Abschätzung eines Werkes, das noch gar nicht existiert, und die Berücksichtigung von Mängeln, die es noch nicht hat, schlechthin unmöglich ist. Plank meint zwar (zu § 674 Anm. 4), das sei auch nicht nötig. Der Grundgedanke der Vorschrift sei vielmehr der, daß der Käufer, wenn er den Mangel gekannt hätte, den Preis in dem Verhältnis geringer bemessen hätte, in welchem der richtige Wert der mangelhaften Sache zu dem der mangelfreien gestanden haben würde. Dasselbe gelte beim Werkvertrage. Dagegen ist zu sagen: Wenn der Besteller weiß, daß er ein mangelhaftes Werk erhalten wird, so wird er nicht den Preis in diesem oder jenen Verhältnis herabsetzen, sondern regelmäßig auf das ganze Werk verzichten. Man braucht hier nicht nur die Fälle im Auge zu haben, wo das mangelhafte Werk für den Besteller überhaupt kein Interesse hat. Wer würde wohl je einen Werkvertrag abschließen, wissend, daß ihm ein mangelhaftes Werk geliefert wird? Wenn diese Möglichkeit als ausgeschlossen gelten kann, darf sie auch nicht als Tatsache unterstellt werden.

Kisch [4]) versteht unter dem „wirklichen Wert" des § 472 eine bloß vorgestellte Größe, nämlich den Wert, „den eine Teilleistung zur Vertragszeit gehabt haben würde". Eine derartig schwierige und hypothetische Regelung ist aber dem BGB. im allgemeinen fremd, und wird auch hier nicht als das Richtige angesehen werden können.

Man wird vielmehr als entsprechenden Zeitpunkt beim Werkvertrage denjenigen annehmen müssen, „da das Werk wirklich abgeliefert oder mangels Abnahme zur Verfügung des Bestellers

---

1) So Planck zu § 634 A. 4; Riezler, Werkvertr. S. 119; Kisch, Unmöglichkeit S. 173 u. a.

2) So Dernburg, § 320 III 1; Crome, Lehrb. § 265 Anm. 58.

3) So Oertmann, § 634 4b und Staudinger-Kober zu § 634 II 3a.

4) Kisch, Unmöglichkeit S. 173.

gestellt wurde"[1]). Aehnlich erachtet auch Oertmann den Zeitpunkt als maßgebend, da das Werk ohne den Mangel hätte abgenommen werden müssen.

Das so gewonnene Resultat einfach auf den Dienstvertrag zu übertragen ist unmöglich, weil diesem sowohl die Ablieferung als auch die „Abnahme" fremd sind. Was bedeutet überhaupt beim Werkvertrage „Abnahme"? Auch hierüber sind die Meinungen geteilt. Zwei Hauptansichten stehen einander gegenüber. Die einen identifizieren die Abnahme mit der tatsächlichen Hinwegnahme wie beim Kauf[2]). Die herrschende und wohl auch richtige Ansicht sieht jedoch in diesem Begriff eine zwiefache Tätigkeit des Bestellers, die tatsächliche Annahme und die Billigung des Werkes als einer vertragsmäßigen. Die Motive freilich gehen ebenfalls davon aus, daß die Abnahmepflicht des Bestellers in demselben Sinn aufzufassen sei, wie die des Käufers[3]). Aber solche Regelung wäre nicht zweckentsprechend: denn der Unternehmer hat stets ein Interesse daran, die Vertragsmäßigkeit seines Werkes möglichst bald festgestellt zu wissen. Am besten lassen dies die häufig vorkommenden Fälle erkennen, wo der Unternehmer an einer im Besitze des Bestellers befindlichen Sache irgend eine Veränderung durch Bearbeiten, Verbinden, Einfügen u. a. vornimmt, ohne selbst in den Besitz dieser Sache zu gelangen. Hier, wo also der Besteller an der Sache Eigentum und unmittelbaren, mindestens aber mittelbaren Besitz behält, hat der Unternehmer an einer bloß körperlichen Wegnahme, die nicht zugleich Annahme als Erfüllung ist, überhaupt kein Interesse. Diesen Standpunkt scheint auch die Reichstagskommission für die 2. Lesung des BGB. bereits eingenommen zu haben[4]). Es wird berichtet: „Die Mehrheit stimmte zunächst darin überein, daß der Abnahme in § 572 (jetzt 640) und den übrigen Bestimmungen dieses Abschnittes die Bedeutung der Annahme als Erfüllung zukommt, in dem Sinn und mit der Wirkung, wie sie der Annahme als Erfüllung im § 367 (jetzt 363) beigelegt seien. Man war darüber einverstanden, daß die verschiedene Bedeutung der Abnahme in § 459 Abs. 2 (433 Abs. 2) auf der einen, und in den Vorschriften über den Werkvertrag auf der anderen Seite

1) Crome, § 265 Anm. 58.

2) So Dernburg, Bd. II. 2. Abt. S. 432; Schollmeyer, S. 55 Anm. 3 u. a.

3) Mot. II S. 490: „Der Entwurf hat aus denselben Gründen, aus welchen er für Veräußerungsfälle davon abgesehen hat, den Erwerber bei oder nach der Ablieferung der veräußerten Sache in der einen oder anderen Form zu einer Prüfung der Vertragsmäßigkeit oder Empfangbarkeit der Sache zu nötigen, auch hier davon Abstand genommen, eine Prüfungspflicht des Bestellers vorzuschreiben, da kein Grund obwaltet, denselben nachteiliger zu stellen wie im Veräußerungsfalle den Erwerber der Sache..

4) Prot. II S. 317.

durch eine Aenderung der Fassung zu deutlichem Ausdruck zu bringen sei". Ich stimme Riezler vollkommen bei, wenn er hierzu bemerkt[1]): „Die für notwendig erachtete Aenderung der Fassung besteht darin, daß nach § 433 der Käufer die gekaufte Sache und nach § 640 der Besteller das vertragsmäßig hergestellte Werk abnehmen muß. Da nun auch das Werk, soweit eine Abnahme überhaupt möglich ist, sich stets in einer Sache verkörpern muß, so kann die andere Fassung in § 640 nur den Hinweis darauf bezwecken, daß der Besteller mit der realen Uebernahme des Gegenstandes, in welchem sich das Werk verkörpert, seiner Abnahmepflicht noch nicht Genüge tut, sondern, daß er den Gegenstand auch als das geschuldete Werk anerkennen muß". Diese Verpflichtung darf freilich nicht aufgefaßt werden als eine klagbare Verbindlichkeit. Sie ist vielmehr, wie sich auch aus dem Gesagten ergibt, inhaltlich dieselbe, wie die der § 363, insofern sich nämlich bei ihrer Nichtbeachtung lediglich nur die Beweislast zu Gunsten des Unternehmers umkehrt. Rümelin gebraucht für dieses Verhältnis den passenden Ausdruck „indirekte Verpflichtung" [2]).

Es ist einleuchtend, daß man diesen Begriff der Abnahme auf den Dienstvertrag schwerlich übertragen kann; denn da hier die reale Annahme eo ipso wegfällt, könnte man nur noch von einer Verpflichtung zur Anerkennung als Erfüllung reden[3]). Eine solche Pflicht zur Billigung aber dem Dienstberechtigten aufzuerlegen wäre abnorm, jedenfalls unbegründet. Dann bliebe als „entsprechender" Zeitpunkt für die Minderungsberechnung nur noch das Ende des Dienstverhältnisses. Dieses herbeizuführen liegt aber wegen des beiden Teilen zustehenden Kündigungsrechtes in der Willkür der Parteien, und kann dasselbe schon darum nicht als Grundlage für eine objektive Wertberechnung genommen werden.

Diese hier genannte Schwierigkeit ist nicht die einzige, die der Uebertragung der Minderungsklage auf den Dienstvertrag entgegen steht. Zu bedenken gibt auch folgendes: Es würde (wie erwähnt) § 472 analog anzuwenden sein, welcher bestimmt: „Bei der Minderung ist der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufes der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. „Nun

1) Riezler, Werkvertr. S. 135.

2) Der Unterschied zwischen § 363 und 640, welcher die Abnahmepflicht für den Besteller vorschreibt, besteht demnach darin, daß nach § 640 zu der realen Annahme die Billigung hinzutreten muß, während nach § 363 die Billigung allein genügt, um die dort genannten Rechtsfolgen auszulösen.

3) Dies ergibt sich unmittelbar aus § 640 Abs. 1: „Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist" was beim Dienstvertrag stets zutrifft.

meint Rümelin, daß sich diese Bestimmung ohne Bedenken in den Fällen anwenden lasse, wo im Vollzug eines Dienstvertrages ein abnehmbarer Erfolg, also eine Sache hergestellt wird, die dann der Wertberechnung zu Grunde gelegt werden könnte. Daß dies verfehlt ist, folgt aus dem oben Gesagten. Es wurde ausgeführt, daß es dem Wesen des Dienstvertrages durchaus widerspricht, daß der Wert der geleisteten Arbeit nach dem Resultat bemessen wird. In allen anderen Fällen, wo also eine Sache nicht vorhanden ist, ist eine Wertberechnung der geleisteten Arbeit schon begrifflich ausgeschlossen, weil der Wert der Arbeit nicht nur schwankend, sondern auch durchaus relativ ist. Die Hausfrau, welche selbst des Kochens unkundig ist, wird die Dienste ihrer Köchin ungleich höher einschätzen als eine kochkundige Hausfrau. Dies gibt übrigens Rümelin selbst zu[1].

Aus ähnlichen Gründen läßt sich auch die Wandlungsklage des § 634 mit der Natur des Dienstvertrages nicht vereinigen. Folgendes sei hervorgehoben: Bei der Wandlung finden die Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht, d. h. die §§ 346 ff. Anwendung. § 346 lautet: „Hat sich in einem Vertrage ein Teil den Rücktritt vorbehalten, so sind die Parteien, wenn der Rücktritt erfolgt, verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Für geleistete Dienste sowie für die Ueberlassung der Benutzung einer Sache ist der Wert zu vergüten". Wie nun soll man sich die Rückgewährung mangelhafter Dienste und ihre Wertberechnung denken?

Es mögen diese Erwägungen zum Nachweise, daß § 634 BGB. auf den Dienstvertrag nicht anwendbar ist, genügen.

Von der dem Werkvertrag eigentümlichen Abnahmepflicht des Bestellers war bereits die Rede. Auch wurde ausgeführt, daß die Abnahme beim Dienstvertrag begrifflich undenkbar ist, weil es dort im Prinzip an der Möglichkeit einer realen Uebergabe fehlt. Aus diesem Grunde würde auch eine Uebertragung der Abnahme mit ihren Wirkungen auf den Dienstvertrag eine Vergewaltigung der Normen bedeuten. Daran wird selbst dann nichts geändert, wenn die entfernte Möglichkeit einer Uebertragung an einem Ausnahmefall nachgewiesen wird. Wenn man nur die Dienstverträge ins Auge faßt, wo eine Sache hergestellt wird, so mag alles das freilich zutreffen, was Rümelin S. 233 ff. hierüber ausführt. Richtig ist z. B., daß der Grund für die Bestimmung des § 640 in erster

β) Abnahmepflicht.

---

1) a. a. O. S. 204: „Irgend ein Maßstab, nach dem die für die Minderung notwendigen Zahlen gewonnen werden können, wird regelmäßig fehlen, wo nicht die Wertverhältnisse der bearbeiteten Sache einen Anhalt bieten. Ich halte deshalb eine Minderung und infolge davon überhaupt die Vorschriften des § 634 auf derartige Fälle nicht für anwendbar".

Linie darin gefunden werden muß, daß der Unternehmer billigerweise verlangen kann, nicht länger als nötig mit der Aufbewahrung der Sache belastet zu werden, und daß derselbe Grund auch beim Dienstvertrage vorhanden sein kann. Aber damit ist noch nicht die Abnahme ihrer charakteristischen Eigenschaften als Werkvertragsinstitut entkleidet. Die Hauptwirkung der Abnahme, die Befreiung des Unternehmers von der Gefahr, ist beim Dienstvertrag schon gar nicht denkbar. Weshalb — wie Rümelin meint — die mit der Aufbewahrung verbundene Gefahr beim Werkvertrag so minimal sein soll, ist nicht einzusehen. Wenn man ganz von den durch Naturereignisse drohenden Gefahren absieht, so bleibt vor allem noch die Diebstahlsgefahr, die bei der Masse der existierenden Versicherungs-Gesellschaften immerhin beachtenswert sein muß.

Mit der Abnahmepflicht des Bestellers korrespondiert sein Recht, bei einem nicht vertragsmäßig hergestellten Werke die Abnahme zu verweigern. Die Ausübung dieses Rechts hat zur Folge, daß der Besteller seinerseits von jeglicher Leistungspflicht befreit wird, bis das Werk vertragsmäßig geworden ist. Dieser Rechtsbehelf ist nicht so inhaltlos, wie es bei oberflächlicher Betrachtung den Anschein hat; denn der Unternehmer wird bei solcher Abnahmeverweigerung ein Interesse davon haben, das Werk in möglichst kurzer Frist abnahmefähig herzustellen; einmal wegen der oben genannten Gefahr der Aufbewahrung, dann aber auch, weil er für das für die speziellen Bedürfnisse des Bestellers hergestellte Werk keine anderweitige Verwendung finden wird. Auf den Dienstvertrag dagegen angewendet, wäre dieses Abnahmeverweigerungsrecht wiederum undenkbar. Dort war Abnahme gleich Billigung, und ein Recht des Arbeitgebers, seine Billigung zu verweigern, ist gegenstandslos, weil nicht eine Pflicht zur Billigung dem gegenübersteht. Im übrigen sind die inneren Gründe, welche für das Abnahmeverweigerungsrecht beim Werkvertrag angeführt wurden, hier ebenfalls hinfällig.

γ) Annahmeverzug.

Wesentliche Unterschiede zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag zeigen noch die verschiedenen Rechtsfolgen des Annahmeverzuges. Eine kurze Gegenüberstellung derselben wird die Betrachtung erleichtern. — Die mora accipiendi wird in den §§ 615, 642 und 643 geregelt. Die Voraussetzungen der §§ 615 und 642 sind dieselben; daß nämlich beim Arbeitgeber Verzug der Annahme gegeben sei. Während aber § 615 im Falle jeglichen Annahmeverzuges gilt, macht § 642 eine Einschränkung, insofern er sich nur auf den Verzug in der Mitwirkung des Bestellers bei Herstellung des Werkes bezieht.

Uebereinstimmung herrscht auch hinsichtlich des Umfanges der Ersatzansprüche. Nach § 615 kann der Arbeitnehmer „für die infolge des Verzuges nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung

verlangen", während § 642 die Höhe der Entschädigung nach der Dauer des Verzuges und der Höhe der vereinbarten Vergütung bemißt. In beiden Fällen ist also die Dauer des Verzuges und die Höhe der vereinbarten Vergütung der anzulegende Maßstab.

Verschieden aber sind die Rechtswirkungen. Während nämlich beim Dienstvertrag der Arbeitnehmer die vereinbarte Vergütung verlangen kann, ist er beim Werkvertrag eine „angemessene Entschädigung" zu fordern berechtigt. Abgezogen wird dem Arbeitnehmer des Dienstvertrages, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart, oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. Dagegen normiert für den Werkvertrag § 642: „Die Höhe der Entschädigung bemißt sich einerseits nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Verzugs an Aufwendung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann". Zu beachten ist, daß hier die Möglichkeit des Erwerbes bereits genügt. Wenn also der Unternehmer fahrlässigerweise, vielleicht aus Unkenntnis der Erwerbsmöglichkeit, einen Erwerb versäumt, so hat er sich diese Versäumnis doch anrechnen zu lassen.

Ein weiterer Unterschied liegt darin, daß nach Dienstvertragsrecht der Arbeitnehmer zu einer Nachleistung der wegen des Annahmeverzuges nicht geleisteten Dienste nicht verpflichtet ist, während der Unternehmer des Werkvertrages das Werk nach wie vor zu vollenden hat, wenn nur das Vertragsverhältnis fortdauert und nicht etwa anderweite Parteibestimmungen getroffen sind.

Endlich steht auch dem Dienstverpflichteten — wenn sich nur der Annahmeverzug des anderen Teils als wichtiger Grund herausstellt, ein fristloses Kündigungsrecht und ein Anspruch auf Ersatz des durch die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses verursachten Schadens gemäß § 628 BGB. zu, während dem Unternehmer des Werkvertrages, und zwar nur bei dem erwähnten qualifizierten Annahmeverzug die im § 643 genannten Rechte zustehen. Danach kann er dem Besteller zur Nachholung der versäumten Handlung eine Frist bestimmen und erst nach Ablauf dieser Frist kündigen, wenn nicht die erforderliche Handlung des Bestellers inzwischen vorgenommen worden ist. Außerdem aber fehlt ihm der beim Dienstvertrag erwähnte Schadenersatzanspruch.

Bezüglich des Verhältnisses des § 615 zu § 642 kommt Rümelin zu dem Ergebnis, daß der § 615 nicht lediglich auf den Dienstvertrag, und der § 642 nicht lediglich auf den Werkvertrag anzuwenden sei, sondern daß § 615 Anwendung findet auf jeden Arbeitsvertrag mit fixierter Arbeitszeit und Zeitlohn, während jeder andere Arbeitsvertrag dem § 642 zu unterstellen ist. Dazu führt ihn

folgende Argumentation[1]: „Dem Tagelöhner, der an noch zu bestimmenden Tagen arbeiten, dem Lehrer, der in noch zu fixierenden Stunden Unterricht erteilen soll, könne man bei Verzug des Arbeitgebers einen Anspruch auf die vereinbarte Vergütung schon deshalb nicht einräumen, weil noch gar nicht feststehe, für welche Zeit die Vergütung zu fordern sei. Es sei daher in allen den Fällen, wo die Arbeitszeit durch den Arbeitgeber oder durch eine Vereinbarung der Parteien bestimmt werde, eine unzulässige, mit der sonstigen Behandlung der mora accipiendi unvereinbarte Härte, wenn man dem Arbeitgeber sein Bestimmungsrecht entziehe und dem Arbeitnehmer für die Zeit von der eingetretenen mora an den Lohn zuspräche. Es bleibe deshalb in diesen Fällen nichts anderes übrig, als freie Schätzung eintreten zu lassen, womit man auf dem Boden des § 642 stehe".

Das klingt überzeugend. Und doch ruht der Gedanke auf einem Trugschluß. Ein Vertrag nämlich mit einem Tagelöhner des Inhalts, daß dieser an noch zu bestimmenden Tagen zu arbeiten habe, ist kein bindender Vertrag, so lange die Verabredung derartig allgemein gehalten ist, daß eine Parteiabsicht, gebunden sein zu wollen, nicht angenommen werden kann. Irgend eine mehr oder weniger bestimmte Abgrenzung der Leistungspflicht ist unbedingt erforderlich, sodaß nicht etwa in obigem Beispiel der Arbeitgeber nach Ablauf von 10 Jahren noch kommen könnte, um die nähere Zeitbestimmung vorzunehmen. Der Vertrag mit dem Tagelöhner könnte also gültig etwa folgendermaßen lauten: „Kommen Sie im nächsten Monat wöchentlich zweimal zu mir, um in meinem Garten zu arbeiten. Die Wochentage bestimme ich noch des näheren". Kommt nun in solchem Falle der Arbeitgeber in Annahmeverzug, so scheint er mir keinen Zweifel zu leiden, daß dann der Arbeitnehmer, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein, insgesamt für acht Tage Arbeitslohn verlangen kann. Lautet aber ein von beiden Seiten in bindender Absicht geschlossener Vertrag einfach: „Unterrichten Sie meinen Sohn dreimal wöchentlich", so wird man im Falle einer mora accippiendi nicht von einer unzulässigen Härte gegenüber dem Arbeitgeber reden dürfen, wenn dem Arbeitnehmer der Anspruch für wöchentlich drei Unterrichtsstunden ohne die Verpflichtung zur Nachleistung zugesprochen wird. Jegliche Arbeitskraft ist heute teuer. Und warum sollte derjenige nicht entsprechend bezahlen, der die Arbeitskraft eines anderen in so weitgehendem Maße für sich bindet? Daß der Arbeitnehmer, wie Rümelin (a. a. O. S. 242) meint, in solchen Fällen gar keine Veranlassung habe, eine bestimmte Zeit für den Arbeitgeber zu reservieren, scheint mir nicht richtig. Er ist im Gegenteil, um

[1] Frühere Ausführungen lassen ein Verweilen bei dieser Frage überflüssig erscheinen. Wenn trotzdem auf die Begründung Rümelins näher eingegangen wird, so soll es ein Versuch sein, auch diese im besonderen zu widerlegen.

vertragstreu zu bleiben, gezwungen, einen beträchtlichen Teil seiner Arbeitszeit bereit zu stellen, um nicht Gefahr zu laufen, bei Eingehung eines anderen Dienstverhältnisses gerade die Stunden oder Tage zu vergeben, die nachher der erste Arbeitgeber ihm als Leistungszeit bestimmen wird.

Wenn man noch beachtet, daß sich der Arbeiter auf seine Vergütung alles das anrechnen lassen muß, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt, so wird man zugeben müssen, daß die Härte, von welcher Rümelin spricht, tatsächlich nicht vorhanden ist. Dann liegt auch kein Grund vor, in den genannten Fällen eine freie Schätzung eintreten zu lassen und damit den § 642 in Anwendung zu bringen. Soweit de lage lata.

Ob überhaupt eine Verschmelzung der §§ 615 und 642 denkbar ist, bleibt eine weitere Frage, die sich nur aus den inneren Gründen für die in den genannten Paragraphen statuierten Unterschiede beantworten läßt. Es sind verschiedene Begründungen für diese differenzielle Behandlungsweise vorgebracht worden. Die Motive bemerken zu dieser Frage [1]): „Bei Annahmeverzug des Bestellers liefern die allgemeinen Grundsätze ein wenig befriedigendes Resultat, indem nach denselben der Unternehmer dem Besteller gegenüber auf die Rechte des § 261 (§ 304 BGB.) beschränkt sein würde. Hierin würde aber eine offenbare Unbilligkeit liegen, die sich mit dem bei der Regelung des Annahmeverzuges leitend gewesenem Prinzip nicht verträgt. Die erforderliche Abhülfe kann andererseits nicht dadurch getroffen werden, daß die für den Dienstvertrag getroffenen Bestimmungen des § 561 (§ 615 BGB.) für anwendbar erklärt werden, denn der Werkvertrag ist in den maßgebenden Beziehungen, namentlich wegen der Unteilbarkeit des Werkes ganz anders geartet als der Dienstvertrag".

Richtig ist, daß § 615 BGB. auf den Werkvertrag nicht angewendet werden darf. Abgesehen davon, daß dieser Paragraph seine Begründung nur in der inneren Natur des Dienstvertrages findet, insofern nämlich demselben fast regelmäßig die Eigenschaft einer Art von Fixgeschäft innewohnt, verlangt auch der Werkvertrag an sich seine eigene Behandlung. Doch ist es nicht die Unteilbarkeit des Werkes, die solche bedingt. In Wahrheit sind nämlich sehr viele Werke teilbar. Nicht selten kommt es vor, daß z. B. bei dem Bau einer neuen Eisenbahnlinie zunächst eine Teilstrecke fertiggestellt und in Betrieb gesetzt wird. — Crome [2]) ist der richtigeren Ansicht, daß der Werkvertrag (im Gegensatz zum Dienstvertrag) ein seiner Natur nach vorübergehendes Vertragsverhältnis er-

1) Mot. II S. 495.
2) Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte S. 348.

zeuge, und daß auch hierin der Grund für die eigenartige Regelung des § 642 zu finden sei. Des Näheren wird ausgeführt: „Der Werkvertrag ist keiner unbegrenzten Dauer fähig; er geht auf Erreichung eines bestimmten Erfolgs, mit dessen Eintritt sich der Zweck des Kontrakts erschöpft. Auf diesen Zweck auch wird die Gegenleistung zugestutzt. Bei ihrer Normierung wird u. a. auch in Anschlag gebracht, wie lange Zeit die Arbeit mutmaßlich erfordern wird, um den Erfolg herbeizuführen. Jede Verlängerung dieser Arbeitszeit durch unvorhergesehene Umstände ist somit beim Werkvertrag zum Schaden des Arbeiters, weil nicht das Maß der Arbeit, sondern der Erfolg belohnt wird, den er nun um so viel später erreicht. Wegen dieses Nachteils ist dem Arbeiter hier eine besondere Vergütung zuzubilligen, sofern die Voraussetzungen des Gläubigerverzuges bei dem Besteller vorliegen, und die Ausführung des Werkes nicht überhaupt gehindert wird".

Diese Begründung Cromes ist durchaus zutreffend. Nur so ist es zu verstehen, daß für die Höhe der dem Arbeitnehmer infolge der vermehrten Arbeitsdauer zuzusprechenden Entschädigung in erster Linie die Dauer des Verzuges maßgebend ist. Daß diese „angemessene" Entschädigung im Laufe der Zeit nicht ins Ungemessene wachse, wird durch § 649 verhindert. Hiernach kann nämlich der Besteller jeder Zeit sich durch fristlose Kündigung gegen die ihn nach § 642 während der Dauer des Verzugs treffenden Nachteile schützen. Dies wird er regelmäßig tun, wenn die Verhinderung wahrscheinlich von längerer Dauer sein wird, sodaß er der Gefahr ausgesetzt ist, daß die Nachteile des Verzuges ihn schwerer treffen als die fristlose Kündigung nach § 649, wo er schlimmsten Falls zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet bleibt.

δ. Persönliche Leistungspflicht des Arbeitnehmers.

In dem Verhältnis der Parteien zu einander ist ein Unterschied in den Rechtsfolgen beider Verträge insofern gegeben, als nach § 613 der Arbeitnehmer des Dienstvertrags seine Dienstleistungen im Zweifel in Person zu bewirken hat, während für den Werkvertrag eine derartige Bestimmung nicht gegeben ist.

Diese Vorschrift ist zwar als bloße Auslegungsregel nur von untergeordneter Bedeutung, da sie aber in der Natur des Dienstvertrages ihre Begründung findet, bedarf sie der Erwähnung. Lotmar kommentiert den § 613 mit folgenden m. E. nicht zu bestreitenden Erwägungen [1]): „Beim Zeitlohnvertrag kontrahiert der Arbeitgeber mit einer bestimmten Person, weil er sich von ihrer Arbeit das nach Größe und Güte gewünschte Ergebnis verspricht. Indem er dieser Person den Lohn bloß nach der Länge ihrer Arbeit zusagt, bedingt er sich in der Regel nicht nur die Leistung, sondern

1) Lotmar, Bd. II S. 486.

auch die Verrichtung der Arbeit vom Arbeitnehmer aus; dieser soll ihm eine Gewähr des Ergebnisses bieten. Beim Akkord hingegen wird der Lohn für Arbeit von bestimmtem Ergebnis versprochen, und für den Arbeitgeber, der den Lohn nur bei solchem Ergebnis schuldet, verschlägt es nichts, ob und wie weit die dazu erforderliche Arbeit vom Arbeitnehmer aber von einem dritten verrichtet wird".

Dabei soll nicht verkannt werden, daß auch beim Werkvertrag Fälle vorkommen, wo der Arbeitgeber ein Interesse an der Person des Arbeitnehmers hat. Dies ist z. B. zweifellos der Fall bei allen künstlerischen und geistigen Leistungen. Daß aber, wie Riezler[1]) meint, der Kreis dieser Fälle gerade beim Werkvertrag ein sehr weiter sei, kann nicht zugegeben werden. Von den Millionen von Werkverträgen, die täglich abgeschlossen werden, fällt sicher nur ein verhältnismäßig sehr kleiner Teil in jene Kategorie.

Auch das beim Dienstvertrag sehr häufig vorkommende Verhältnis der persönlichen Unterordnung rechtfertigt die Existenz des § 613. Wenn der Dienstberechtigte die Arbeit nach seinen Weisungen und Anordnungen leitet, so wird ihm sehr daran gelegen sein, in der Persönlichkeit des Arbeitnehmers eine Garantie dafür zu haben, daß seinen Wünschen auch Folge gegeben werde. Während der Verrichtung der Arbeit müßte sonst der Arbeitgeber den Fleiß des Arbeiters bewachen und kontrollieren, und um dies zu vermeiden, wird er sich rechtzeitig durch die Auswahl der Person sichern.

Alle diese Gründe kommen für den Werkvertrag nicht in Betracht.

Das praktische Ergebnis dieser Unterscheidung ist nun nicht etwa, daß der Richter einen Arbeitsvertrag für einen Dienstvertrag zu erklären hat, sobald nur feststeht, daß die Parteien die Arbeit durch den Arbeitnehmer in Person vorgenommen wissen wollen. Dies folgt schon aus der Natur des § 613 als einer Auslegungsregel. Der Unterschied kommt naturgemäß erst zur Geltung, wenn der Vertrag als Dienst- oder als Werkvertrag erkannt ist. Dann aber hat § 613 eine wichtige Rechtswirkung im Gefolge. Wenn nämlich weder die Umstände noch ein erkennbarer Parteiwille die persönliche Leistung des Arbeitnehmers bedingen, so kommt der Arbeitgeber, wenn er die ihm von einem dritten ohne Widerspruch des ursprünglich Verpflichteten angebotene Leistung nicht annimmt, im Fall des Werkvertrages in Verzug, nicht dagegen, wenn Dienstvertrag vorliegt.

In welchem Maße aber solches praktisch wirksam wird, mag dahingestellt bleiben. Rümelin hebt zutreffend hervor[2]), „daß stets der an sich selbstverständliche, aber auch in § 267 niederge-

---

1) Riezler, Werkvertr. S. 108.
2) Rümelin, a. a. O. S. 219.

legte Gedanke beachtet werden müsse, daß der Schuldner nicht weiter gebunden ist, als sich dies irgendwie nachweisen läßt, und daß deshalb auch der Effektuierung der Leistung durch einen dritten kein Hindernis in den Weg gelegt werden könne, wenn der Gläubiger schlechterdings kein Interesse an der persönlichen Leistung des Schuldners habe". — Immerhin aber kann festgestellt werden: Insoweit der § 613 praktisch wirksam wird, ist auch seine Anwendung mit den Rechtswirkungen in der Natur des Dienstvertrages begründet.

ε. Fürsorgepflicht des Arbeitgebers.

Eine allbekannte Vorschrift des Dienstvertragsrechts ist ferner der § 618, welcher die soziale Fürsorgepflicht des Arbeitgebers regelt. Auch dieser Bestimmung läßt sich keine korrespondierende im Werkvertragtitel gegenüberstellen. Trotzdem ist der Unterschied zwischen den beiden Verträgen gerade hier nicht so tief begründet, wie es bei oberflächlicher Betrachtung erscheinen mag. Der Fall nämlich, daß der Arbeitnehmer in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen wird und sich in einem längeren Arbeitsverhältnis befindet, welches seine Erwerbstätigkeit gänzlich oder doch zur Hauptsache in Anspruch nimmt [1]), kann ebensogut im Vollzug eines Werkvertrages wie eines Dienstvertrages vorkommen. Für solchen Werkvertrag gilt dann § 242, wonach der Schuldner seine Leistung so zu bewirken hat, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Diese Bestimmung ins Auge fassend wird man erkennen, daß die ersten beiden Absätze des § 618 nichts bringen, was nicht schon in der alle Verträge beherrschenden bona fides des § 242 enthalten ist, sobald nur obige Voraussetzungen gegeben sind.

Anderer Meinung ist Lotmar [2]). Er sagt, der Dienstberechtigte sei nach § 618 Abs. 1 nicht zur Beschaffung der Gerätschaften 2c., sondern nur zur Einrichtung und Unterhaltung derselben verpflichtet, sodaß die bedeutsame Neuerung des § 618 darin bestehe, daß eine Leistungspflicht in dieser Richtung statuiert werde. Der Arbeitnehmer könne auf Erfüllung derselben klagen und ebenso den anderen Teil in Verzug setzen, wenn er diesen seinen Verpflichtungen nicht nachkommt.

Ich möchte aber bezweifeln, ob es die Absicht des Gesetzgebers war, an dieser Stelle einen Unterschied zwischen „Beschaffen" und „Einrichten" zu statuieren, zumal diese Ausdrücke auch im täglichen Leben sich oft sehr nahe rücken. Aber selbst wenn man der Ansicht Lotmars beipflichtete, wäre ein fundamentaler Unterschied damit noch nicht statuiert.

---

1) Es sind dies die Voraussetzungen des § 618 für den Dienstvertrag.
2) Lotmar, Bd. II S. 240 ff.

Ein solcher liegt erst im 3. Abs. des § 618, sowie in der Vorschrift des § 619, wonach die dem Dienstberechtigten nach § 618 obliegenden Verpflichtungen nicht im Voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden können. Rümelin will auch hier keinen Unterschied erkennen. Für die Anwendung der § 618 Abs. 3 sowie des § 619 auf den Werkvertrag spreche zunächst der Umstand, daß die Absätze 1 und 2 von § 618 auch für dan Werkvertrag gelten. Es wäre deshalb ein eigentümliches Verhältnis, wenn dasselbe nicht auch von dem letzten Absatz gelten solle, und der Paragraph in dieser Richtung geteilt werden müsse, und was für § 618 Abs. 3 gelte, müsse auch für § 619 durchschlagend sein.

In dieser Beweisführung liegt aber ein Trugschluß, insofern nach Rümelins eigner Darlegung die ersten beiden Absätze des § 618 nicht unmittelbar für den Werkvertrag gelten sollen, sondern nur ein zufällig ebenso weit reichender Ausfluß der bona fides sind. Damit wird auch Rümelins Begründung für die Anwendbarkeit des § 619 auf den Werkvertrag hinfällig.

Was von § 618 Abs. 1 und 2 gesagt wurde, gilt im Großen und Ganzen auch für § 617. Dort wird dem Arbeitgeber die Pflicht auferlegt, dem kranken Arbeitnehmer die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung auf die Dauer von sechs Wochen, doch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus zu gewähren.

Auch hier wird beim Werkvertrag der § 242 in vielen Fällen dasselbe Resultat bei Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen bedingen. In vielen Fällen aber wird es sehr zweifelhaft sein, ob wirklich die Sechswochengrenze des bona fides entspricht. Bis zum Beweise des Gegenteils kann daher unbedenklich in der zeitlichen Fixierung der Fürsorgepflicht im § 617 ein weiterer beabsichtigter und auch begründeter Unterschied zwischen Dienst- und Werkvertrag erblickt werden.

Eine grundsätzlich verschiedene Behandlung hat auch bei beiden Verträgen das Kündigungsrecht erfahren. Eine Gegenüberstellung der einschlägigen Bestimmungen zeigt folgende wesentliche Differenzen.

ξ) Kündigung.

1. Es ist die Kündigung beim Dienstvertrag in weit größerem Maße zulässig als beim Werkvertrag. In allen Fällen nämlich, wo die Dauer des Dienstverhältnisses weder bestimmt noch aus der Beschaffenheit oder dem Zwecke der Dienste zu entnehmen ist, kann jeder Teil — je nach der Art der Lohnbemessung — das Dienstverhältnis mit kürzeren oder längeren Kündigungsfristen aufheben. Hier ist vor allem an die unendliche Zahl der Gesindedienstverträge zu erinnern [1]).

---

1) Daß das Gesinderecht tatsächlich dem Landesrecht vorbehalten bleibt, ist eine Tatsache, die in diesem Zusammenhange außer Betracht bleiben kann.

Ferner kann nach § 626 das Dienstverhältnis von jedem Teile ohne Einhaltung der Kündigungsfrist gelöst werden, sobald ein wichtiger Grund vorliegt. Diese letztere Voraussetzung fällt sogar fort, vorausgesetzt, daß nicht ein dauerndes Dienstverhältnis vorliegt, bei Diensten höherer Art, die auf Grund eines besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen.

Anders beim Werkvertrage. Hier kann der Unternehmer nur in einem Fall kündigen; wenn nämlich der Besteller eine zur Herstellung des Werkes erforderliche Handlung nicht vornimmt, und auch dann nur nach Setzung einer angemessenen Frist.

Im Gegensatz dazu kann der Besteller nach § 649 bis zur Vollendung des Werkes jederzeit kündigen.

2. Was die Wirksamkeit der Kündigung anbetrifft, so kann der Arbeitnehmer bei einer Kündigung nach §§ 626/27 nur einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen; unter Umständen verliert er sogar den Anspruch auf die Vergütung ganz. Andererseits ist derjenige, der die Lösung des Verhältnisses durch sein vertragswidriges Verhalten veranlaßt, verpflichtet, dem anderen Teil den durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstandenen Schaden zu ersetzen.

Anders wieder beim Werkvertrage. Hier hat der Unternehmer keinen Anspruch auf Ersatz des Schadens, den er durch die Kündigung erleidet, auch wenn sie durch das vertragswidrige Verhalten des Bestellers veranlaßt worden ist. Ebensowenig ist dieser selbst, wenn er kündigt, ohne vertragswidriges Verhalten des Unternehmers dazu veranlaßt worden zu sein, zum Schadenersatz verpflichtet. Dieser kann freilich die ganze vereinbarte Vergütung verlangen, doch muß er sich dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

Demnach muß er in den Fällen, wo der durch die Kündigung entstehende Schaden größer ist, als die vereinbarte Vergütung, eine der Differenz dieser beiden Größen entsprechende Vermögenseinbuße erleiden.

Ein überblickender Vergleich des Kündigungsrechts im Dienstvertrage und im Werkvertrage läßt nun die Tendenz nicht verkennen, dem Dienstverpflichteten des Dienstvertrags seinem Arbeitgeber gegenüber eine möglichst gleichberechtigte und unabhängige Stellung hinsichtlich der Aufhebung des Vertrages zu verschaffen. Und diese sozial-politische Behandlung hat ihre begründete Berechtigung. Tatsache ist, daß bei den allermeisten Dienstverträgen eine mehr oder minder empfindliche wirtschaftliche oder gar persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber begründet

wird. Dieser Abhängigkeit dient das moderne Kündigungsrecht des BGB. als Gegengewicht.

Sicher gibt es auch manche Dienstverträge, wo von einer Abhängigkeit in keiner Weise die Rede sein kann. Immerhin aber geben diese Fälle bei weitem nicht den Prozentsatz aller Dienstverträge, welcher eine anderweitige Regelung erscheinen würde.

Daß auf der anderen Seite dieselben Gründe auch für den Werkvertrag zuträfen, wird nicht behauptet werden. Hier herrscht der Geist des freien Unternehmertums [1]), der einen besonderen Schutz unentbehrlich macht.

Wegen dieser eigenartigen tendenziösen Behandlung der beiden Verträge bei Aufhebung des Vertragsverhältnisses ist m. E. die Frage der Anwendungsmöglichkeit der einzelnen Kündigungsregeln des Dienstvertrages auf den Werkvertrag oder umgekehrt indiskutabel, solange nicht der Nachweis erbracht wird, daß für beide Verträge die gleiche Behandlung im Ganzen auch innerlich begründet ist.

Und dieses scheint mir ausgeschlossen.

η. Arbeitsleistung mit Stoffbeschaffung.

Eine bemerkenswerte innere Verschiedenheit beider Verträge ergibt sich schließlich aus § 651 BGB. Dieser lautet: „Verpflichtet sich der Unternehmer, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen, so hat er dem Besteller die hergestellte Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Auf einen solchen Vertrag finden die Vorschriften über Kauf Anwendung; ist eine nicht vertretbare Sache herzustellen, so treten an die Stelle der §§ 433, 446 Abs. 1 Satz 1 und der §§ 447, 459, 460, 462–464, 477–479 die Vorschriften über den Werkvertrag mit Ausnahme der §§ 647—648".

Das heißt: Die Verbindung eines Werkvertrages mit der erwähnten Stoffveräußerung macht den Vertrag zu einem Kauf [2]) oder einem Werklieferungsvertrag und schließt damit die Rechtsfolgen des Werkvertrags gänzlich oder teilweise aus.

Solche Bestimmung ist für den Tatbestand, daß Arbeit und Veräußerung zusammen in einem Dienstvertrage bedungen sind, nicht vorgesehen. Daraus folgt nicht ohne Weiteres, daß das Gesetz einen Dienstvertrag mit Stofflieferung begrifflich ausgeschlossen habe; es folgt daraus zunächst nur, daß in solchem Falle kein Kauf bezw. „Dienstlieferungsvertrag" anzunehmen ist. Die Unmöglichkeit, hier Kauf

---

1) Nicht ausnahmslos natürlich. Vergl. das oben über den Heimarbeitsvertrag Ausgeführte.

2) Nach dem Grundsatz: Wenn für einen Vertrag die Regeln des Kaufes ausschließlich gelten, so ist solcher Vertrag ein Kauf.

anzunehmen, erklärt sich aus dem Begriff des Kaufes selbst. Gegenstand des Sachkaufes — nur von solchem könnte die Rede sein — ist lediglich die Sache, die der Verkäufer dem Käufer gegen einen in Geld berechneten Preis zu Eigentum zu übertragen hat. Gegenstand des Dienstvertrags mit Stofflieferung bliebe immer nur die Arbeitskraft [1]; anderfalls würde ja Werkvertrag gegeben sein. Die Arbeitskraft selbst aber kann niemals Gegenstand eines Kaufes sein, da sie nicht einmal Gegenstand menschlicher Verfügung sein kann. Sie ist „ein immanenter Bestandteil der Persönlichkeit selbst, die weder als Ganzes, noch in ihren einzelnen organischen Funktionen und Fähigkeiten unmittelbarer Gegenstand von Rechtsgeschäften sein kann" [2].

Wie eng auf der anderen Seite die Verwandtschaft ist, welche zwischen Werkvertrag und Kauf besteht, mag ersichtlich sein, wenn man bedenkt, daß auch die meisten Gegenstände des Kaufes Arbeitsprodukte, d. h. hergestellte Werke im Sinne des § 631 sind. Wird nun gar der Stoff, aus welchem die Sache hergestellt wird, vom Arbeitnehmer beschafft, so ist das entscheidende Kriterium nur noch das innere Verhältnis, in welchem die entgoltenen Leistungen zueinander stehen, und das Dasein des Werkvertrages hängt dann von der alternativen Entscheidnng ab, ob die Sachleistung von dem Arbeitsvertrag involviert wird, oder ob sie das Prinzipale ist, und daher Kauf statt Werkvertrag anzunehmen ist [3].

Dies letztere trifft in vollem Maße zu, wenn eine vertretbare Sache aus vom Unternehmer zu beschaffendem Stoffe hergestellt wird.

IV. Rückblick.

Mit dem Bisherigen sind nur die wichtigsten differentiellen Rechtsfolgen nach ihrer Bedeutung für das Verhältnis von Dienstvertrag und Werkvertrag gewürdigt worden.

Die weiteren Unterschiede, daß der Besteller für die fällige Geldvergütung zinspflichtig, indessen dies beim Dienstvertrag nicht gilt, ferner daß dem Unternehmer im Gegensatz zu dem Dienstverpflichteten für seine Forderungen gewisse Sicherheiten gewährt

1) D. h. nicht unmittelbar, sondern mittelbar.

2) Riezler, i. Arch. für bürgerl. Recht, Bd. 27 S. 240.

3) Vergl. Lotmar, a. a. O. Bd. I S. 200.

werden, sind von nur untergeordneter Bedeutung, da sie den Gegensatz beider Verträge kaum berühren. Dasselbe gilt von der Vorschrift des § 888 der Zivilprozeßordnung, wo eine Besonderheit in der gerichtlichen Durchsetzung des Dienstvertrags im Gegensatz zum Werkvertrag statuiert wird.

Es soll auch nicht geleugnet werden, daß auch die oben behandelten Unterschiede nicht nur von verschiedener Tiefe sind, sondern auch nach der Frequenz der Fälle, bei denen sie hervortreten können, verschieden bewertet werden müssen. Dadurch wird jedoch an dem Ergebnis nichts geändert. Ich resumiere:

1. Die verschiedene Behandlung des Dienstvertrags und des Werkvertrags im bürgerlichen Gesetzbuche rechtfertigt sich in dem rechtlich und wirtschaftlich durchaus individuellen Charakter jeder der beiden Verträge. Deshalb würde eine Uebertragung der Dienstvertragsregeln auf den Werkvertrag oder umgekehrt, soweit solche überhaupt logisch denkbar und praktisch durchführbar ist, mit Ausnahme weniger Fälle einen Gewaltakt gegen das Gesetz bedeuten. Der Gegensatz wird also mit der Gefahrtragung nicht erschöpft.

2. Es ist aber der Gefahrtragung eine weit größere Bedeutung beizulegen, als Rümelin dies tut. Während nach allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechts eine Haftung des Schuldners nur bis zur Grenze seines Verschuldens anerkannt, und allgemein auch nur diligentia in der Richtung des zu erreichenden Zieles geschuldet wird, ist der Unternehmer des Werkvertrages, ohne daß ihn das geringste Verschulden trifft, verpflichtet, den Mangel zu beseitigen, evtl. sogar ein ganz neues Werk herzustellen, und in zweiter Linie, sich Wandlung oder Minderung gefallen zu lassen. Ebenso steht dem Besteller, wenn das Werk nicht rechtzeitig hergestellt wird, unabhängig von einem Verschulden des Unternehmers ein Rücktrittsrecht zu. — Das sind bedeutsame Eigentümlichkeiten von höchster Tragweite.

3. Für die praktische Abgrenzung, d. h. die Abgrenzung im konkreten Fall von Dienst- und Werkvertrag kann, wenn überhaupt, von den Rechtsfolgen nur die Gefahrtragung in Betracht kommen. Diese Ausnahmestellung der Gefahrtragung hat ihren Grund darin, daß die übrigen differentiellen Rechtswirkungen, um existent zu werden, meist ein Vertragsverhältnis im vorgeschrittenen Stadium zur Voraussetzung haben, während sich die Gefahrtragung von vornherein aus dem Parteiwillen, dem Entgeltverhältnis, oder auf andere Weise bestimmen läßt, soweit sie sich nicht ohne Weiteres aus dem Tatbestande ergibt [1]. Diese „Tatbestandsmäßigkeit" der Gefahrtragung rechtfertigt es, sie als maßgebenden Faktor bei der Unterscheidung von Dienst- und Werkvertrag zu respektieren.

1) Wer einen Erfolg verspricht, übernimmt die Gefahr.

Somit kann definiert werden: Werkvertrag ist der Vertrag, bei welchem die Vergütung bestimmt ist als Gegenleistung für die Arbeit samt dem Erfolge. Ist aber ein solcher nicht vorhanden, so entscheidet die Gefahrtragung, und es liegt ein Werkvertrag vor, wenn der Verpflichtete die Gefahr der Unternehmung trägt.

In allen anderen Fällen ist Dienstvertrag gegeben.

Es wird nicht verkannt, daß diese Lösung nicht vollkommen befriedigen kann, weil der Dienstvertrag nur negativ bestimmt ist; doch wird sich schwerlich eine in jeder Richtung befriedigende Begriffsbestimmung des Dienstvertrages und des Werkvertrages geben lassen.